Die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Erhaltung erlöschenden Lebens durch den Patienten

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Walter Niemann
aus Heidenheim / Brenz

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547219_0029

Die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Erhaltung erlöschenden Lebens durch den Patienten

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Walter Niemann

aus Heidenheim / Brenz

1972

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Westermann
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Lenckner
Dritter Berichterstatter:	Prof. Dr. Losse
Dekan:	Prof. Dr. Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 2.6.1972

GLIEDERUNG

	Seite
Einleitung	31
1. Teil: Die ärztliche Pflicht zur Erhaltung erlöschenden Lebens als Gegenstand privatautonomer Gestaltung	35
A. Geltungsgrund	35
I. Garantenstellung des Arztes	35
1) Herkömmliche Garantenstellungen	36
2) Öffentlichrechtliche Garantenstellung	37
3) Hilfe - Monopol - Stellung	40
II. § 330 c StGB	41
III. Zusammenfassung	42
B. Begriffliche Unklarheiten bezüglich der Termini "Leben" und "Tod"	43
I. Der Tod als Seinsform	43
II. Der medizinische Todesbegriff	44
1) Klinischer Tod	45
2) Hirntod	45
3) Der Tod als Wertungsproblem	49
III. Der juristische Todesbegriff	50
1) Wertungszuständigkeit des Juristen	50
2) Hirntod als Ergebnis der Wertung	51
3) Aufspaltung des Todesbegriffs in einen Feststellungsbegriff und einen Handlungsbegriff	53
IV. Zusammenfassung	57
C. Grenzen der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung	57
I. Möglichkeit ärztlichen Handelns	58
II. Erforderlichkeit ärztlichen Handelns	58
III. Zumutbarkeit ärztlichen Handelns	61
IV. Zusammenfassung	66

Seite

D. Gestaltungsfähige Maßnahmen des Arztes an der Grenze zwischen Leben und Tod 67

E. Ergebnis 70

2. Teil: Möglichkeit der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung 72

A. Die prinzipielle Entscheidung unserer Rechtsordnung für eine privatautonome Gestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses 72

I. Potentielle Selbstbestimmung als Wesensmerkmal des Menschen 72

II. Die Privatautonomie als Teil des Rechts auf Selbstbestimmung 73

III. Die Reichweite der Privatautonomie 74

IV. Besonderheiten bei der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung 77

1) Unwissenheit des Patienten 78

2) Trübung der Urteils- und Einsichtsfähigkeit des Patienten 78

3) Fürsorgepflicht des Arztes 79

4) Dispositionsbefugnis des Patienten 81

V. Zusammenfassung 82

B. Die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung i.e. 82

Seite

I. Vertrag 82

1) Unterschied zu den üblichen auf Leistungsaustausch gerichteten Verträgen 83
2) Vertragsinhalt 85

a) Die Behandlung als Vertragsgegenstand 85
b) Konkretisierung des Vertragsinhalts 86

II. Einwilligung 88

1) Die Einwilligung als pflichtenbestimmendes Merkmal 88
2) Rechtstechnische Ausgestaltung 89

a) Rechtsnatur 90
b) Einwilligungsfähigkeit des Patienten 92
c) Widerruflichkeit der Einwilligung 95
d) Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung 96
aa) Bedeutung der Aufklärung 96
bb) Umfang der Aufklärung 99

III. Die vorsorgliche Willensäußerung als Indiz des mutmaßlichen Willens i.S. des § 683 BGB 102

1) Die vorsorgliche Willensäußerung als pflichtenbestimmendes Merkmal 102
2) Rechtstechnische Ausgestaltung 107

C. Ergebnis 109

3. Teil: Grenzen der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung 110

A. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB 113

I. Verkürzung erlöschenden Lebens 114

1) Sterbehilfe durch Begehen 114

Seite

a) Hilfe beim Sterben 115
aa) Tatbestand eines Tötungsdelikts 115
bb) Rechtswidrigkeit 117
aaa) Einwilligung 118
bbb) Übergesetzlicher Notstand 118
ccc) Rechtfertigende Pflichtenkollision 122
ddd) Erlaubtes Risiko 122
eee) Gewohnheitsrecht, Berufsrecht 123
b) Hilfe zum Sterben 124
c) Zusammenfassung 125

2) Sterbehilfe durch Unterlassen ärztlicher Maßnahmen im Sinne von fehlender Körperbewegung 125

a) Das Unterlassen ärztlicher Maßnahmen als Gegenstand privatautonomer Gestaltung 125
aa) Fehlen eines Arzt-Patienten-Vertrages 126
bb) Aufhebungsvertrag im Rahmen eines Arzt-Patienten-Vertrages 126
cc) Verweigerung einer Einwilligung 128
dd) Wirklicher oder mutmaßlicher Wille 129
b) Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB 129
c) Zusammenfassung 131

3) Sterbehilfe durch aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung 131

a) Einfluß der strafrechtlichen Bewertung auf die Beschränkung der verschiedenen privatautonomen Gestaltungsformen durch § 134 BGB 131
b) Strafrechtliche Bewertung des ärztlichen Verhaltens 133

Seite

aa) Die Körperbewegung 133
bb) Wertungstheorien 134
aaa) Der soziale Sinn 134
bbb) Vorrangigkeit des positiven Tuns 135
ccc) Selbständigkeit der Ursache 136
ddd) Energieeinsatz 136
cc) Kausalität 138
dd) Unterlassung durch Begehen 141
ee) Stellungnahme 142
c) Zusammenfassung 144
II. Künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens 145

B. Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 I BGB 145
I. Die guten Sitten als konkretisierungsbedürftiger Maßstab 146
1) Die verschiedenen Auslegungen des Begriffs der guten Sitten 146
a) Die Motive des BGB 146
b) Die guten Sitten in der Rechtsprechung 147
c) Die Auslegung des Begriffs der guten Sitten durch das Schrifttum 152
aa) Die guten Sitten als durchschnittliche Moral 152
bb) Differenzierungen der Durchschnittsmoral 156
cc) Objektivierende Ausfüllung der guten Sitten 158
2) Stellungnahme 159
a) Kritik an den Objektivierungstendenzen im Rahmen von § 138 I BGB 160

Seite

b) Rechtsimmanente ethische Werte und herrschende Moral als teilweise konkreter Ausfüllungsmaß 163

aa) Existenz der rechtsimmanenten ethischen Werte und der herrschenden Moral 165

aaa) Rechtsimmanente ethische Werte und Prinzipien 165

bbb) Herrschende Moral 167

bb) Erkennbarkeit der rechtsimmanenten ethischen Werte und der herrschenden Moral 170

3) Das ärztliche Standesethos als das geltende Recht, die rechtsimmanenten ethischen Werte und die herrschende Moral, die das Arzt-Patienten-Verhältnis betreffen 172

4) Zusammenfassung 175

II. Kollision rechtsimmanenter ethischer Werte bzw. subjektiver Wertvorstellungen 176

1) Eigene Wertentscheidung des wertenden Richters 177

2) Bindung des Richters an die standesethischen Werturteile 178

3) Stellungnahme 179

4) Zusammenfassung 187

III. Der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts als Bezugspunkt der Wertung 187

IV. Bewertung der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung an Hand der ermittelten Wertmaßstäbe 189

1) Verkürzung erlöschenden Lebens 189

a) Sterbehilfe durch Begehen 189

Seite

b) Sterbehilfe durch Unterlassen ärztlicher Maßnahmen im Sinne fehlender Körperbewegung 190

aa) Unterlassen lebens- und leidensverlängernder ärztlicher Maßnahmen 191

aaa) Rechtsimmanente ethische Werte 191

bbb) Herrschende Moral 197

bb) Unterlassen lebensrettender ärztlicher Maßnahmen 197

aaa) Rechtsimmanente ethische Werte 197

bbb) Herrschende Moral 199

cc) Zusammenfassung 200

c) Sterbehilfe durch aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung 200

2) Künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens 202

a) Rechtsimmanente ethische Werte 202

b) Herrschende Moral 204

C. § 242 BGB als Grenze privatautonomer Gestaltung bei Gewissenskonflikten des Arztes 205

I. Die Bedeutung des ärztlichen Gewissens bei der privatautonomen Bestimmung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung im Rahmen des § 242 BGB 207

II. Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechtes des Arztes 210

1) Objektiv-sittliche Pflichten als Grenzen der rechtlich-relevanten Gewissensüberzeugung 210

2) Unzumutbarkeit als Folge der Gewissensüberzeugung 211

D. Ergebnis 216

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ÄM	- Ärztliche Mitteilungen (Deutsches Ärzteblatt, hrsg. von der Bundesärztekammer und der kassenärztlichen Bundesvereinigung)
ARSP	- Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	- Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
Dtsche.Z.für die Gesamte Gerichtliche Medizin	- Deutsche Zeitschrift für die Gesamte Gerichtliche Medizin
DMW	- Deutsche medizinische Wochenschrift
FAZ	- Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fortschr.Med.	- Fortschritte der Medizin
Gruchots Beiträge	- Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot
GS	- Der Gerichtssaal
Iherings JB.	- Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts
KHA	- Der Krankenhausarzt
Med.Klin.	- Medizinische Klinik
MMW	- Münchener medizinische Wochenschrift
MonSchrKrimPsych	- Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
Schweiz.JZ	- Schweizerische Juristen-Zeitung
Schweiz.Z.f.StrR.	- Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Umschau	- Die Umschau in Wissenschaft und Technik
ZStW	- Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Vgl.im übrigen KIRCHNER, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. verbesserte u.vermehrte Auflage,Berlin 1968

LITERATURVERZEICHNIS

Abraham, Jürgen	Die Doktrin der Public Policy, in AcP 150 (1949), 385 ff.
Ackermann, Heinrich	Darf der Arzt das Sterben manipulieren?, in FAZ v.1o.6.1969, S.12
Androulakis, Nikolaos K.	Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, München und Berlin 1963
Arzt, Günther	Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Jur. Diss., Tübingen 1962
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. neubearbeitete Aufl., Bielefeld 1968
Beling, Ernst	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, in ZStW 44 (1924), 22o ff.
Berner, Albert Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18.Aufl., Leipzig 1898
Bertel, Christian	Begehungs- oder Unterlassungsdelikt? Zur Lehre von der actio libera in causa, in JZ 1965,53 ff.
Berz, Ulrich	Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, in GA 1969,145 ff.
Blomeyer, Arwed	Gewissensprivilegien im Vertragsrecht?, in JZ 1954,3o9 ff.
Breithaupt, Walter	Die guten Sitten, in JZ 1964, 283ff.
Bockelmann, Paul	Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in NJW 1961, 945ff.
---	Zur Strafbarkeit der Kuppelei, in JR 1954,361 ff.

Bockelmann, Paul	Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968
Böhm, Alexander	Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, Jur.Diss., Frankfurt/M. 1937
Boehmer, Gustav	Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger - Bemerkungen zu dem Urteil des IV.ZS des BGH v. 5.12.1958, MDR 1959,383, in MDR 1959,705 ff.
Bosch, Friedrich Wilhelm - Habscheid, Walther J.	Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, in JZ 1954,213 ff.
---	Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, in JZ 1956, 297 ff.
Brosig, W. - Nagel, R.	Ethische, juristische und organisatorische Fragen der Nierentransplantation, in Fortschr. Med.1968,293 ff.
Bruns, Rudolf	"Funktionaler" und "instrumentaler" Gehalt der Gestaltungsrechte und Gestaltungsklagerechte, in ZZP 78 (1965), 264(267)
v.Bubnoff, Eckhart	Rechtsfragen zur homologen Organtransplantation aus der Sicht des Strafrechts, in GA 1968, 65 ff.
Bucher, Eugen	Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Jur.Diss., Zürich 1956
Bürger, Eduard Karl	Über das Wesen der guten Sitten als Erscheinung der Rechtspraxis, Jur.Diss., München 1958
Burckhardt, Walther	Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2.Aufl., Zürich 1944
Buschendorf, Ernest	Die strafrechtliche Problematik der Euthanasie und der Freigabe "lebensunwerten Lebens", in Die Euthanasie, hrsg. von Fritz Valentin, Göttingen 1969

Bydlinski, Franz	Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien-New York 1967
Coing, Helmut	Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2.Aufl., Berlin 1969 (zit.: Coing, Rechtsphilosophie)
Deutsch, Erwin	Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, in JZ 1963,385 ff.
---	Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, in NJW 1965, 1985 ff.
Dreher, Eduard	Urteilsanmerkung zum Urt.des BGHSt vom 14.8.1963 - 2 StR 181/63 (LG Duisburg), MDR 64,335 ff., in MDR 64,337 ff.
Eberhardt, Dietrich	Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands, Jur.Diss., Karlsruhe 1968 (Heft 8 der Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht)
Ebermayer, Ludwig	Der Arzt im Recht, Leipzig 1930
Eckstein, Ernst	Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen, in Arch.Bürg.R. 41 (1915), 178 ff.
Ehrhardt, Helmut	Euthanasie, in Arzt und Recht, Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, München 1966
---	Euthanasie und Vernichtung "lebensunwerten" Lebens, Stuttgart 1965
Ehrlich, Eugen	Die juristische Logik, 2.Aufl., Tübingen 1925

Engisch, Karl	Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, in ZStW 58 (1939), 1 ff.
---	Arzt und Patient im Recht der Gegenwart, Monatsschrift für Kinderheilkunde, 114.Band 1966, S.135 ff.
---	Der Arzt im Strafrecht (Bemerkungen zu dem gleichnamigen Buche von Eb.Schmidt), in MonSchrKrimPsych. XXX (1939), 414 ff.
---	Die Aufklärungspflicht des Arztes in strafrechtlicher Bedeutung, Diskussionsbeitrag aus Anlaß der 77.Tagung der Deutschen Gesellschaft f.Chirurgie am 22.4.1960 in München, in KHA 1960, 139 ff.
---	Buchbesprechung von Catel, Werner: Grenzsituationen des Lebens, in JZ 1964, 37 ff.
---	Buchbesprechung von Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, in JZ 1962, 189
---	Einführung in das juristische Denken, 4.Aufl., Berlin, Köln, Mainz 1968 (zit.: Engisch, Einführung)
---	Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens in strafrechtlicher Beleuchtung, Stuttgart 1948 (Schriftenreihe Lebendige Wissenschaft, Heft 7)
---	Die Relativität der Rechtsbegriffe, in Deutsche Landesreferate zum V.Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Brüssel, 1958, S.59 ff.
---	Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, in Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70.Geburtstag, Berlin 1966, S.399 ff.

Engisch, Karl	Über Rechtsfragen bei homologer Organtransplantation, in Der Chirurg 1967, 252
Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Heinrich	Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearbeitung, Tübingen 1958
Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, erster und zweiter Halbband, 15.neubearbeitete Aufl., Tübingen 1960
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4.neubearbeitete Aufl., 1.Band, Münster 1967
Esser, Josef	Schuldrecht Band I: Allgemeiner Teil, 3.völlig neubearb.Aufl., Karlsruhe 1968 (zit.: Esser, SchRI) Band II: Besonderer Teil, 3.völlig neubearb.Aufl., Karlsruhe 1969 (zit.: Esser, SchR II)
Exner, Franz	Fahrlässiges Zusammenwirken, in Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, Tübingen 1930; S.569 ff.
Fischer, Hans Albrecht	Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911 (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, hrsg. v. O.Fischer, Bd.21, 2.Heft)
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965 (zit.: Flume, Das Rechtsgeschäft)
Gallas, Wilhelm	Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, in JZ 1960, 649 ff.
---	Zur Revision des § 330 c StGB JZ 1952, 396 ff.

Gehring, Walter	Die ärztliche Aufklärungspflicht im französischen Recht, Bielefeld 1964 (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, Bd.28)
Geilen, Gerd	Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963 (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, Bd.22)
---	Das Leben des Menschen in den Grenzen des Rechts, in FamRZ 1968, 121 ff.
---	Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff; bisher unveröffentlichter Vortrag, gehalten am 3.12.1969 in Bonn (zit. nach dem Vortragsmanuskript)
---	Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, Betrachtungen zu Göppinger, Arzt und Recht, in JZ 1968, 145 ff.
Gerlach, J.	Gehirntod und totaler Tod, in MMW 1969, 732 ff.
v.Gierke, Otto	Recht und Sittlichkeit, in Logos VI, 1916/17, S.211 ff.
Goetzeler, Richard	Gedanken zum Problem der Euthanasie de lege lata und de lege ferenda, in Schweiz.Z.f.StrR.65 (1950), 4o3 ff.
Gruber, Georg Benno	Arzt und Ethik, 2.Aufl., Berlin 1956
Grünwald, Gerald	Die Aufklärungspflicht des Arztes, in ZStW 73 (1961), 5 ff.
---	Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in Arzt und Recht, Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, München 1966
Habscheid, Walther J.	Arbeitsverweigerung aus Glaubens- und Gewissensnot, in JZ 1964, 246 ff.

Hagedorn, Manfred	Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlungen nach dem Strafgesetzbuch-Entwurf 1962, Heidelberg 1965
Hagen, K.	Die guten Sitten als Rechtsbegriff, in Gruchots Beiträge 52 (1908), 497 ff.
Hammann, Konrad	Die echte Sterbehilfe, Jur.Diss., Bremen 1966
Hanack, Ernst-Walter	Todeszeitbestimmung, Reanimation und Organtransplantation, in ÄM 1969, 132o ff.
Hartmann, Nicolai	Ethik, 4.Aufl., Berlin 1962 (zit.: Nicolai Hartmann, Ethik)
---	Zur Grundlegung der Ontologie, 3.Aufl., 1948 (zit.: Nicolai Hartmann, Grundlegung)
Heck, Philipp	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
Hegener, Otto	Das Vertragsrecht des Arztes, Berlin 1925
Heinitz, Ernst	Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord, in JR 1954, 4o3 ff.
Henkel, Heinrich	Einführung in die Rechtsphilosophie, München und Berlin 1964
Hinderling, Hans	Die Transplantation von Organen als Rechtsproblem, in Schweiz. JZ 1968, 65 ff.
---	Zur Frage der ärztlichen Aufklärungspflicht, in Schweiz.JZ 1963, 319 f.
von Hippel, Fritz	Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936
Hoeniger, H.	Riskante Rechtsausübung, Tübingen 1917

Hoffmann	Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl 64, 457 ff.
Jescheck, Hans-Heinr.	Zur Frage der Kuppelei gegenüber Verlobten, in MDR 1954, 645 ff.
---	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969
von Ihering, Rudolph	Der Zweck im Recht, Zweiter Band, 4.Aufl., Leipzig 1905
Joerges, Rudolf	Das Verfahren des RG zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten, in ZRPh 1, 208 ff.
Kaiser, Günther	Juristische und rechtspolitische Probleme der Transplantation und Reanimation, in Med. Klin. 1967, 643 ff.
Kallmann, Rainer	Rechtsprobleme der Organtransplantation, in FamRZ 1969, 572 ff.
Kant, Immanuel	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in Immanuel Kant, Werke in zehn Bänden, hrsg. von Wilhelm Weischedel, Band 6, S.11 ff., Darmstadt 1968
Kaufmann, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959
Kaufmann, Arthur	Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.Geburtstag, Göttingen 1961, S.200 ff.
---	Buchbesprechung zu Roemer, "Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus der Erfahrung des Arztes" und Schwalm "Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Sicht des Juristen", in JR 1963, 158 ff.
---	Die eigenmächtige Heilbehandlung, in ZStW 73 (1961), 341 ff.

Kaufmann, Arthur	Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961
---	Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart, in JZ 1963, 137 ff.
---	Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus, in ARSP 46 (1960), 553 ff.
Kaufmann, Horst	Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht, in AcP 161 (1962), 289 ff.
Kautzky, Rudolf	Der ärztliche Kampf um das Leben des Patienten "bis zum letzten Atemzug", in Hochland 53 (1960/61), 303 ff.
---	Die ärztliche Manipulation des menschlichen Lebens, in Umschau 1968, 193 f.
---	Die Euthanasie als Problem ärztlicher Ethik, in Die Euthanasie, hrsg. von Fritz Valentin, Göttingen 1969
Kleinewefers, Herbert	Die Aufklärungspflicht des Arztes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in VersR 1962, 197 ff.
König, Friedrich Franz	Haftpflicht des Arztes, Leipzig 1937
Kohlhaas, Max	Lebenserhaltungspflicht des Arztes im Konflikt mit den Wünschen des Patienten, in DMW 1965, 318 ff.
---	Medizin und Recht, München-Berlin-Wien 1969
Kommissionsvorschlag	der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie, in Chirurg 1968, 196 ff.
Kraft, Alfons	Rechtspflicht und Gewissenspflicht, in AcP 163, 472 ff.

von Kress, Hans Frhr.	Über ärztliche Haltung und Handlung in Deutsches medizinisches Journal 11 (1960), 545 ff.
Kreuzer, Arthur	Ärztliche Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen im Rahmen des § 330 c StGB, Jur.Diss., Hamburg 1965
Kohlrausch - Lange, Richard	Strafgesetzbuch, 43. Aufl., Berlin 1961
Kuhns, Richard-R.	Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958
Lackner, Karl - Maassen, Hermann	Strafgesetzbuch, 5.Aufl., München 1969
Lang, Theo	Zum Aufsatz Dr.Breuske: "Tötung aus eugenischen Gründen und aus Euthanasiegründen", in JR 1953, 54 ff.
Larenz, Karl	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967
---	Lehrbuch des Schuldrecht, Erster Band Allgem.Teil, 9.Aufl., München 1968 Zweiter Band Besonderer Teil, 9.Aufl., München 1968 (zit.: Larenz, SchR I, II)
---	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, zweite, neu bearbeitete Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1969 (zit.: Larenz, Methodenlehre)
Laves, Wolfgang	Agonie, in MMW 1965, 113 ff.
Laufke, Franz	Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80.Geburtstag, Band 1, 1956, S.145 ff.
Laufs, Adolf	Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht, in NJW 1969, 529 ff.

Lehmann, Heinrich - Hübner, Heinz	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16.unveränderte Aufl., Berlin 1966
Lenckner, Theodor	Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, in ZStW 72 (1960), 446 ff.
---	Der rechtfertigende Notstand, Tübingen 1965
---	Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nulla poena sine lege", in JuS 1968, 249 ff., 304 ff.
Lotmar, Ph.	Der unmoralische Vertrag, Leipzig 1896
Louisell, David W.	Transplantation Existin legal constraints, in Ethics in medical progress, Ciba Foundation Symposium, London 1966, S.78 ff.
Luhmann, Niklas	Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in AöR 90 (1965), 257 ff.
Lukowsky, Arthur	Ärztliche Ethik als Grundlage ärztlichen Handelns, in ÄM 1959, 1717 ff.
von Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, Band I, 2.Aufl., Unveränderter Nachdruck, Berlin u.Frankfurt a.M. 1966
Mashoff, W.	Zum Problem des Todes, in MMW 1968, 2473 ff.
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 16.Aufl. 1968
Maunz, Theodor - Dürig, Günther	Grundgesetz, Kommentar, 2.Aufl., Lieferung 1 bis 8, Band I Art.1-69, nach dem Stand vom Sept.1968, München und Berlin 1966

Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.erweiterte und bearbeitete Aufl., Karlsruhe 1965 Besonderer Teil, 5.erweiterte und neubearb.Aufl., Karlsruhe 1969
---	Anmerkung zum Urteil des BGH 5 StR 29/56 v.8.5.56 JR 1956, 343 ff.
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, in AcP 168 (1968), 235 ff.
Meyer-Bahlburg, Hartwig	Unterlassen durch Begehen, in GA 1968, 49 ff.
Mezger, Edmund - Blei, Hermann	Strafrecht, I.Allgemeiner Teil, 13.neubearb.Aufl., Berlin 1968
Mollaret, Pierre	Über die äußersten Möglichkeiten der Wiederbelebung, Die Grenzen zwischen Leben und Tod, in MMW 1962, 1539 ff.
Miller-Erzbach, Rudolf	Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, in Iherings JB 61 (1912), 343 ff.
Münzberg, Wolfgang	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt a.M. 1966
Neidhardt, K.	Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, in NJW 1956, 1097 ff.
Niedermeyer, Albert	Allgemeine Pastoralmedizin, Band 2, Wien 1954
Nipperdey, Hans Carl	Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, zweiter Band, S.1 ff. (zit.: Nipperdey, Grundrechte)
Nissen, R.	Aspekte der Reanimation, in Hippokrates 1967, 232 ff.

Noll, Peter	Der ärztliche Eingriff in strafrechtlicher Sicht, in D.Z.f.d. ges.Ger.Med. 1966, 12 ff.
Oertmann, Paul	Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Berlin 1927
	Recht der Schuldverhältnisse, Zweite Abteilung, §§ 433-853, 5.umgearbeitete Aufl., Berlin 1929
Oftinger, Karl	Die Vertragsfreiheit, in "Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht", Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S.315 ff. (zit.: Oftinger, Vertragsfreiheit)
---	Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in Schw.JZ 1941, 225 ff.
v.Overbeck, Alfred Frhr.	Unterlassung durch Begehung, in GS 88 (1922), 319 ff.
Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, 28.Aufl., München 1969
Pawlowski, Hans-Martin	Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, in ARSP 5o (1964), 5o5-517
von Pein, H.	Ärztliche Gedanken zu juristischen Urteilen, in KHA 196o, 169 ff.
Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,	I.Band, Allgemeiner Teil (§§ 1-24o) 4., völlig neubearbeitete Aufl., Berlin 1913
Pribilla, O.	Juristische, ärztliche und ethische Fragen zur Todesfeststellung, in ÄM 1968, 2256 ff., 2318 ff., 2396 ff. (zit.nach dem vom Verf. hrsg. Sonderdruck)

Rabel, Ernst	Die Haftpflicht des Arztes, Leipzig 19o4
Raiser, Ludwig	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 196o, S.1o1 ff.
Ranft, Otfried	Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht, in JuS 1963, 34o ff.
Reichsgerichtsräte	Das Bürgerliche Gesetzbuch, 11.Aufl., II.Bd., 1.Teil II 433-7o4, Berlin 1959
Reitelmann, Alexander	Die ärztliche Aufklärungspflicht und ihre Begrenzung, Jur.Diss., Hamburg 1965
Riezler, Erwin	Naturgesetz und Rechtsordnung, in ARSP 34 (1940/1941), 149 ff.
Roemer, Hans	Die ärztliche Aufklärungspflicht vom Standpunkt und aus der Erfahrung des Arztes. Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 50/51, S.5 ff.
Rohrbach, Jürgen	Die Beteiligung am Selbstmord nach heutiger Rechtsauffassung und de lege ferenda, Jur.Diss., Köln 1966
Roxin, Claus	An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in Festschrift für Karl Engisch zum 7o.Geburtstag, Frankfurt a.M. 1969, S.38o ff.
---	Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in JuS 1964, 373 ff.
Ruffin	Wieweit muß der Kranke über das Risiko ärztlicher Eingriffe (Elektroschockbehandlung) unterrichtet werden?, in Med.Klin. 1955, 2o4 ff.

Sax, Walter	Über Rechtsbegriffe - Gedanken zur Grenze rechtlicher Begriffsbildung, in Festschrift zum 75. Geburtstag von Hermann Nottarp, Karlsruhe 1961, S.133 ff.
---	Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, in JZ 1954, 474 ff.
Simitis, Konstantin	Gute Sitten und ordre public, Marburg 196o
Simson, Gerhard	Euthanasie als Rechtsproblem, in NJW 1964, 1153 ff.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, 10.Aufl.
	Bd.1, Allg.Teil §§ 1-24o, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
	Bd.2, Schuldrecht I, §§ 241-61o, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
	Bd.3, Schuldrecht II, §§ 611-853, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
Spann, W.	Vorstellungen zur Gesetzgebung über den tatsächlichen Todeszeitpunkt, in MMW 1969, 2253 ff.
Spann, W. - Liebhardt, E.	Reanimation und Feststellung des Todeszeitpunktes, in MMW 1966, 141o ff.
Spendel, Günter	Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in Festschrift für Eberhard Schmidt zum 7o.Geburtstag, Göttingen 1961, 183 ff.
Sunder-Plaßmann, P.	Vortrag zum Thema "Fortschritte der Medizin und die Grenzen der ärztlichen Pflicht", in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 1968, S.71 ff.
Schaefer, Hans	Ärztliche Ethik als Grundlage ärztlichen Handelns, in ÄM 1959, 13o4 ff., 1345 ff., 1783 ff.

Scheicher, A.	Haftpflichtfragen bei Rekurrensschädigung und Tetanie nach Kropfoperationen, in MMW 1959, 1737 ff.
Scheler, Max	Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 5.Aufl., München 1966
Schmidt, Eberhard	Ärztliche Rechtskunde, in Ponsold, Albert, Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, 2.Aufl., Stuttgart 1957, S.1 ff.
---	Die Besuchspflicht des Arztes unter strafrechtlichen Gesichtspunkten, in: Recht und Zeit, Heft 11, 1949 (zit.: Besuchspflicht)
---	Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939
---	Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 44.Deutschen Juristentages, Band I, 4.Teil, Tübingen 1962 (zit.: Eb.Schmidt, Gutachten)
---	Schlägermensur und Strafrecht, in JZ 1954, 369 ff.
Schmidt, Reimer	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
Schöllgen, Werner	Ärztliche Ethik und christliche Moraltheologie, in Studium Generale 1953, 39 ff.
Schönig, Roger	Zur Feststellung des Todeszeitpunktes, in NJW 1968, 189 ff.
Schönke, Adolf - Schröder, Horst	Strafgesetzbuch, 15.neubearb. Aufl., München 1970
Schumacher, Josef	Vom Wesen des Arzttums, 2.erw. Aufl., Stuttgart 1957

Schwalm, Georg — Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht aus der Sicht des Juristen, in Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 5o/51, S.21 ff., Karlsruhe (zit.: Schwalm, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht)

Schweizer Richtlinien für die Definition und die Diagnose des Todes, in MMW 1969, 1323-1324

Stammberger, Wolfgang — Fragen der Heilbehandlung in straf- und zivilrechtlicher Sicht, in Die Aufklärungspflicht des Arztes, hrsg. von der Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe, Köln, Berlin 1962

v.Staudinger, J. — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 11.Auflage,
I.Bd. Allgemeiner Teil, Berlin 1957
II.Bd. Recht der Schuldverhältnisse
Teil 1a, §§ 241,243-248; Berlin 1967
Teil 1b, § 242; Berlin 1961
3.Teil, II 611-7o4; Berlin 1958
IV.Bd. Familienrecht, Teil 3a, II 1589-1698 b; Berlin 1966

Stein, Ekkehart — Lehrbuch des Staatsrechts, Tübingen 1968

Steindorff, Ernst — Aufklärungs- und Fürsorgepflicht des Arztes, in Hamburger Ärzteblatt 1961, 394 ff.

--- — Buchbesprechung von Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, 2.Aufl.Bd.II, in JZ 196o,582

Steindorff, Ernst — Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, in JZ 1960, 139 ff.

Stern, Erich — Arzt und Weltanschauung, in ÄM 1959, 1393 ff.

Stratenwerth, Günter — Zum juristischen Begriff des Todes, in Festschrift für Karl Engisch zum 70.Geburtstag, Frankfurt 1969, S.528 ff.

Stree, Walter — Garantenstellung kraft Übernahme, in Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70.Geburtstag, Berlin 1966, S.145 ff.

Trockel, H. — Rechtliche Probleme der Organtransplantation, in Med.Klin. 1969, 666 ff.

von Tuhr, Andreas — Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, zweite Hälfte, Unveränderter Nachdruck der 1918 erschienen 1.Aufl., Berlin 1957

Urbanczyk, Lothar — Sind freiwillige Sterilisierungen strafbar?, in NJW 1964, 425 ff.

Verhandlungen des Deutschen Juristentages, 44.DJT, Hannover 1962 4.Abteilung, über das Thema: "Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?"
Verh.Bd.1, 4.Teil: Gutachten Eb.Schmidt,
Verh.Bd.2, Teil F: Referate, Diskussionsbeiträge, Beschluß
Tübingen 1962, 1964

Wawersik, J. — Todeszeitpunkt und Organtransplantation, in ÄM 1969, 1315 ff.

Weber, Max	Grundriß der Sozialökonomik, III.Abt., Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922
Weigelin, Ernst	Der Begriff der Sitte, in ARWP 8 (1914/15), 321 ff.
Weinkauff, Hermann	Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in NJW 1960, 1689 ff.
Weischedel, Wilhelm	Recht und Ethik, in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 19, Karlsruhe 1956
Weitnauer, H.	Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht , in Der Betrieb 1961, Beilage Nr.21 aus Heft 51/52, 51 ff.
Welp, Jürgen	Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Berlin 1968
Welzel, Hans	Das deutsche Strafrecht, 11.neubearbeitete und erweiterte Aufl., Berlin 1969
---	Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, in SJZ 1947, 409
Westermann, Harry	Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 11, Karlsruhe 1951 (zit.: Westermann, Interessenkollisionen)
---	Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht , Köln u. Opladen 1957 (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, Heft 47) (zit.: Westermann, Person und Persönlichkeit)

Westermann, Harry — Vortrag zum Thema "Fortschritte der Medizin und die Grenzen der ärztlichen Pflicht", in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 1968, S.87 ff.

--- — Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster/Westf. 1955 (zit.: Westermann, Wesen und Grenzen)

Wieacker, Franz — Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, in Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, Karlsruhe 1958 (zit.: Wieacker, Gesetz und Richterkunst)

--- — Rechtsprechung und Sittengesetz, in JZ 1961, 337 ff.

--- — Vertragsbruch aus Gewissensnot, in JZ 1954, 466 ff.

--- — Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956 (zit.: Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung)

Wiethölter, Rudolf — Arzt und Patient als Rechtsgenossen. Ein zivilrechtlicher Beitrag zur ärztlichen Aufklärungspflicht, in "Die Aufklärungspflicht des Arztes", hrsg. von der Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe, Köln, Berlin 1962

Winkhaus, Dietrich — Die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen als zivilrechtliches Problem, Jur Diss., Münster 197o

Wintrich, Josef M.	Zur Problematik der Grundrechte, in Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Geisteswissenschaften, Heft 71, Köln u. Opladen 1957
Zenker, Rudolf	Möglichkeiten und Grenzen zukünftiger Chirurgie, in Möglichkeiten und Grenzen der Medizin, Studien und Berichte der katholischen Akademie in Bayern, Band 40, Würzburg, S.55 ff.
Zippelius, Reinhold	Kollisionen des Rechts mit heterogenen Normen und Pflichten, in Festschrift für Hans Liermann zum 7o.Geburtstag, Erlangen 1964, S.3o5 ff.
---	Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962
Zitelmann, Ernst	Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in AcP 99 (19o6),1 ff.

E i n l e i t u n g

Die Problematik der ärztlichen Pflichten findet unter zivilrechtlichem Aspekt in jüngster Zeit wieder besondere Beachtung, wobei vor allem die ärztliche Aufklärungspflicht im Vordergrund steht [1]. Der Grund mag darin liegen, daß es sich letztlich um ein zivilrechtliches Problem handelt, auch wenn in Deutschland die strafrechtliche Diskussion bislang vorgeherrscht hat. Die Pflichten des Arztes bestimmen sich nämlich danach, was generell erlaubt bzw. verboten ist. Insoweit bestehen im Privatrecht engere Grenzen, da dieses schon bei jeder Verletzung privater Interessen einen Ausgleich gewährt, während das Strafrecht erst eingreift, wenn das öffentliche Interesse beeinträchtigt ist [2].

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die ärztliche Pflicht zur Erhaltung erlöschenden Lebens, da gerade diese infolge der lebhaften Entwicklung der technischen Möglichkeiten zur Lebenserhaltung neu durchdacht und entsprechend von Medizinern, Juristen, Philosophen und Theologen diskutiert wird. Daß insoweit die privatautonome Einflußnahme des Patienten auf jene Pflicht in den Mittelpunkt gestellt wird, findet primär seinen Grund in der Interessenlage des Patienten: Das neu erschlossene Grenzgebiet zwischen Leben und Tod, bezeichnet als "intermediäres Leben" [3], bringt nicht nur neuartige Heilungsmöglichkeiten mit sich, sondern auch die Gefahr unerträglicher Leiden. Die Selbstbestimmung des Patienten als Betroffenen gewinnt daher gegenüber früher weit mehr an Bedeutung, als dies bislang offenkundig wurde. Darüber hinaus entspricht diese Fragestellung auch einem Bedürfnis des Arztes. Er muß wissen, in welchen Grenzen der Wille des Patienten beachtlich ist, zumal dieser

---

1) vgl. die Arbeiten von EBERHARDT und WINKHAUS

2) vgl. BUCHER S.32

3) vgl. GEILEN, FamRZ 1968,121(124) m.w.Nw.

Wille dem eng mit der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung verknüpften Euthanasiegedanken im Hinblick auf das intermediäre Leben wieder Geltung verschaffen kann. Schließlich gestattet die für die folgende Untersuchung gewählte Thematik auch die Erörterung eines Problemkreises mit allgemeiner Bedeutung. Die Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe unter Berücksichtigung des ärztlichen Standesethos bereitet dem Juristen nicht nur bei der Begrenzung der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung durch § 138 I BGB Schwierigkeiten. Sie taucht auch generell auf, wie z.B. bei § 226a StGB oder der Wertabwägung beim übergesetzlichen Notstand, und führt zu erheblichen Meinungsverschiedenheiten über eine mögliche Bindung des Richters durch standesethische Prinzipien.

Grundvoraussetzung für die folgenden Erörterungen ist allerdings die Stellungnahme zu einer Frage, die in dem heutigen Arzt-Patienten-Verhältnis unproblematisch sein sollte und nur von historischem Interesse ist, nämlich ob der Arzt in seinem Handeln gegenüber dem Patienten prinzipiell dem Recht unterworfen ist.

Ein Teil der Ärzteschaft - vor allem in Frankreich - beruft sich noch heute darauf, daß sich der Patient vollständig dem Arzt anvertraue und sich dadurch schlechthin dessen Gewissen unterwerfe. Dieses sei ausschließlich Richtschnur für ärztliches Handeln, so daß der Arzt nur ihm gegenüber, nicht aber den Menschen verantwortlich sei. Die Justiz habe daher bei ärztlichen Handlungen und deren Folgen, ja nicht einmal bei Honorarfragen ein Mitspracherecht [1].

---

1) vgl. DUHAMEL, Paroles de médecin, Monaco 1946, S.16; - zit. nach GEHRING, S.58 Anm.1; ähnlich auch PORTES, Bulletin des Médecins 1949/50 S.255 - zit. nach EBERHARDT S.63, Anm.4 - als Hauptverfechter des sog. "medizinischen Paternalismus". Allerdings dehnt Portes diese Gedanken der absoluten Eigenverantwortlichkeit nicht generell auf das gesamte Arzt-Patienten-Verhältnis aus, sondern beschränkt sich auf den privatautonomen Bereich. Hier

So extrem diese Ansicht erscheint, so entschieden ist sie auch abzulehnen. Inwieweit das Vertrauen des Patienten die Verantwortlichkeit des Arztes vor seinem Gewissen, also letztlich eine moralische Verpflichtung begründet, mag dahingestellt bleiben. Denn ein völliger Ausschluß der Rechtsunterworfenheit ist mit jeder Gesellschaftsordnung unvereinbar, welche die Würde des Menschen als Zweck allen Rechts anerkennt. Diese ist getroffen, wenn der Mensch zu einem aller Selbstverantwortung ledigen Objekt wird [1]. Solange dem Arzt aber eine absolute Eigenverantwortlichkeit unter Ausschluß jeder Rechtsunterworfenheit zugebilligt und der Patient ihm insoweit unterworfen wird, würdigt man den Patienten zu einem selbstverantwortungslosen Objekt herab.

Das läßt sich auch nicht bestreiten, wenn man bedenkt, daß das ärztliche Handeln grundsätzlich von höchstem Verantwortungsbewußtsein getragen ist und bestgemeinte Zwecke verfolgt. Denn es gibt keine Personengemeinschaft, in welcher die Mitglieder ohne Eingreifen des Rechts völlig und ausnahmslos aufgehen. Immer bleiben persönliche Interessen bestehen, die nicht vergemeinschaftet werden können, in denen sich vielmehr der einzelne in seiner Besonderheit als Individuum fühlt [2]. Der Schutz dieser Interessen, zu denen auch die Menschenwürde zählt, gibt dem Recht erst seinen Sinn und seine Existenzberechtigung und damit auch den Zwang zur prinzipiellen Rechtsunterworfenheit [3].

---

indessen gewährt er dem Patienten nur noch die Freiheit zur Wahl des Arztes und überläßt dem Arzt völlige Handlungsfreiheit, die nur seinem Gewissen und Standesethos unterworfen ist. Als mögliche Sanktion könne gegen ihn nur ein Berufsverbot erwirkt werden und dieses auch nur von der ärztlichen Berufsgerichtsbarkeit. (vgl. hierzu EBERHARDT S.62 ff; GEHRING S.58 ff.)

1) DÜRIG in Maunz-Dürig, Art.1,I Rdn.28

2) SCHUMACHER S.80 f.

3) COING, Rechtsphilosophie, S.171 f.

Weitaus der größere Teil der Mediziner, die eine Eigenverantwortlichkeit des Arztes fordern [1] und hierin durchaus von juristischer Seite unterstützt werden [2], verstehen diese Eigenverantwortlichkeit allerdings nicht in einem derartig absoluten Sinn. Sie sehen den Arzt in seinem Verhältnis zum Patienten grundsätzlich als rechtsunterworfen an und gewähren ihm nur ausnahmsweise, vor allem im Bereich der Aufklärung des Patienten und bei der Bestimmung des Todeszeitpunktes in unterschiedlichem Umfang und mit verschiedenen Begründungen die Möglichkeit zur Eigenbestimmung. Insoweit handelt es sich aber nicht mehr um die prinzipielle Frage der Rechtsunterworfenheit, sondern um deren Grenzen, die noch zu besprechen sind.

---

1) EHRHARDT, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, S.9; NEIDHARDT, NJW 1956,1097(1098); von PEIN, KHA 1960,169(174); PRIBILLA, Sonderdruck, S.22; RUFFIN, Medizinische Klinik, 1955,204(204); SCHEICHER, MMW 1959,1737(1743); u.a.

2) GRÜNWALD, ZStW 73 (1961),5(29 ff.); NOLL, Zeitschr. für die Gesamte Gerichtliche Medizin 1966,12(12 ff.); Eb.SCHMIDT, Gutachten, Rdn.174; STEINDORFF, JZ 1960, 139(141); WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 1968,87(90ff.)

1. Teil

Die ärztliche Pflicht zur Erhaltung erlöschenden Lebens als Gegenstand privatautonomer Gestaltung

Ausführungen zu der Frage, ob und wieweit ein Patient die ärztliche Pflicht zur Erhaltung erlöschenden Lebens selbst gestalten kann, setzen eine klare Vorstellung über diese Pflicht voraus. Die Erörterung des Geltungsgrundes(A), des Begriffes "Leben" (B) und der Grenzen jener Pflicht (C) ist daher vorrangig, zumal sich unter anderem aus den Grenzen der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung erst die Problematik privatautonomer Entscheidungen im Hinblick auf diese Pflicht in vollem Umfang zeigt. Des weiteren ist es angebracht, die hier relevanten Maßnahmen des Arztes an der Grenze zwischen Leben und Tod zu kategorisieren, da sich nur auf ärztliche Maßnahmen eine eventuell mögliche Selbstgestaltung des Patienten beziehen kann (D).

A. Geltungsgrund

Die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung kommt unter zwei Aspekten in Sicht und in Frage: Zum einen kann sich der Arzt einer Tötung durch Unterlassen gemäß §§ 212 ff. StGB, insbesondere nach § 222 StGB schuldig und damit schadensersatzpflichtig nach §§ 823 I,II BGB machen. Zum anderen kann er sich schuldig machen einer unterlassenen Hilfeleistung nach § 330 c StGB.

I. Garantenstellung des Arztes

Was die Verantwortlichkeit wegen Tötung durch Unterlassen betrifft, so setzt sie unter anderem eine Rechtspflicht zur Lebenserhaltung voraus. Deren Geltungsgrund liegt nicht in

den Vorschriften über den Lebensschutz [1], die V e r b o t s normen aufstellen. Ihren rechtlichen G e b o t s charakter erhält sie vielmehr durch eine in persönlicher und sachlicher Hinsicht spezialisierte Garantenstellung.[2]

1. Nach der herkömmlichen Typologie der Garantenschaften ergibt sich dabei für den Arzt keine Besonderheit. Unabhängig von seiner Stellung als Arzt begründen jene Garantengebotstatbestände seine Verantwortlichkeit zur Lebenserhaltung. Es finden keine berufsspezifischen Grundsätze Anwendung, die nur für den Arzt ein Gebot aufstellen, nicht aber für jeden Dritten. So ist der Arzt bei einer Übernahme der tatsächlichen Gewähr für das Leben des Patienten als Garant zur Weiterbehandlung verpflichtet [3], er kann auf Grund vorangegangenen gefährdenden Tuns zur Lebenserhaltung verpflichtet sein [4] oder infolge seiner Bestallung zu besonderer Fürsorge in gefährlichen Lebensbereichen, wie etwa beim Schiffsarzt gegenüber den Leuten an Bord, dem Militärarzt gegenüber den Soldaten, usw. [5]

---

1) Für selbständige ungeschriebene Gebotstatbestände tritt insoweit ARMIN KAUFMANN, S.274, ein.

2) vgl. SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER § 823, Rdn.1o2; vgl. auch BAUMANN, S.232; JESCHECK S.413; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 1o1; WELZEL S.213; RGSt 64,273(274); BGHSt 3,65(67); schließt man sich der Lehre von ARMIN KAUFMANN an, so ist gerade bei den hier diskutierten unechten Unterlassungsdelikten zwischen dem abstrakten Garantengebot und der konkreten Garantenpflicht zu unterscheiden. Ersteres schafft den Gebotstatbestand, während letztere die konkrete Strafbarkeit bewirkt. Vgl. ARMIN KAUFMANN, S.3o6 ff.

3) Vgl. i.e. STREE in H.Mayer-Festschrift S.145 ff. I.e. ist es allerdings fraglich, wann eine derartige Fallübernahme vorliegt, ob sie lediglich durch ein Hausarztverhältnis gegeben ist, durch einen kurzen Ratschlag am Telefon, durch eine detaillierte Anweisung zur Eigenbehandlung, etc. Vgl. KREUZER, S.8o

4) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 119 ff.

5) vgl. KREUZER, S.82; SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER, § 823, 132

2. In Ergänzung der herkömmlichen Begründung einer Garantenstellung vertritt EB.SCHMIDT [1] die Ansicht, daß für den Arzt mit der Bestallung und Niederlassung eine Berufspflicht zur Übernahme einer Behandlung entsteht, die als Rechtspflicht eine Tötung durch Unterlassen begründen kann. Seine Meinung bezieht sich in erster Linie auf die Besuchspflicht und die damit verbundene Lebenserhaltungspflicht des Arztes[2]. Darüberhinaus mißt EB.SCHMIDT dem Gedanken einer ärztlichen Berufspflicht aber auch allgemeine Bedeutung bei. Er leitet ihn aus einer öffentlichrechtlichen Beziehung des Arztes zur Allgemeinheit ab [3]. Die Annahme dieser öffentlichrechtlichen Stellung stützt er vor allem darauf, daß die Ärzte in die staatlich geordnete Gesundheitspflege eingeordnet und standesgemäß organisiert sind, einer staatlichen Disziplinargerichtsbarkeit unterstehen und in Ärzteordnungen eine Regelung ihrer Berufsausübung erhalten haben.

Es mag zutreffen, daß eine gewisse öffentlichrechtliche Beziehung des Arztes zur Allgemeinheit existiert. Wie der Rechtsanwalt eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, indem er teil hat an der staatlich geordneten Rechtspflege, so erfüllt der Arzt die öffentliche Aufgabe des Gesundheitswesens. Aus dieser Feststellung ergibt sich allerdings nur, daß der Staat dort mit seiner Organisationsgewalt eingreifen muß, wo der freie ärztliche Berufsstand dem Zweck der Krankenversorgung nicht mehr gerecht werden kann [4]. Hingegen bedeutet

---

1) Besuchspflicht, S.18 ff.; bei PONSOLD, S.6; zustimmend SPANN, S.1o4 f.; unklar SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER § 823, Rdn. 135

2) EB.SCHMIDT a.a.O.; dem Umfang nach schränkt EB.SCHMIDT die ärztliche Berufspflicht danach ein, zu welchen Diensten sich der angerufene Arzt dem Publikum anbietet, ob es sich um einen praktischen Fach- oder Krankenhausarzt handelt; vgl. Besuchspflicht, S.18 ff.

3) Besuchspflicht, S.18

4) KREUZER, S.83

die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe keineswegs die Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes. Dazu bedarf es zumindest einer Beleihung durch den Staat, die gegenüber dem Arztstand nicht ausgesprochen wird, insbesondere nicht die durch Bestallung oder Niederlassung. Wer einen Heilberuf selbständig ausübt, ist daher kein Amtsträger, sondern freier Unternehmer. [1] Sein Beruf ist auch heute noch privatrechtlich strukturiert, trotz öffentlichrechtlicher Bindungen [2]. Die bei Ärzten zuweilen vorzufindende öffentlichrechtliche Organisation - zB. die Bedürfnisprüfung bei der Vergabe von Kassenarztsitzen - steht der privatrechtlichen Struktur nicht entgegen, sondern entspricht nur der in Art. 12 I 2 GG gewährten staatlichen Regelungsbefugnis [3]. Kann daher die öffentlichrechtliche Beziehung des Arztes zur Allgemeinheit nicht zur Begründung öffentlichrechtlicher Berufspflichten dienen [4], so hat auch die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung nicht ihren Geltungsgrund in einem berufsspezifischen Pflichtenkreis des Arztes.

Zur Klarstellung ist gegen die Ansicht von EB. SCHMIDT noch außerdem vorzubringen, daß er die allgemeinrechtlichen Pflichten des Arztes mit den standesethischen Pflichten gleichstellt. Man erkennt dies an dem Satz: "Immer aber ergeben sich die (sc. allgemein-rechtlichen) Pflichten des Arztes aus den besonderen Berufspflichten, denen er als Arzt untersteht"[5]. SPANN, der EB.SCHMIDT zustimmt, charak-

---

1) HOFFMANN, DVBl 64,457(458 f., 463 f.); KREUZER, S.84

2) HOFFMANN, a.a.O. Eine völlige Eingliederung des Heilberufs in die staatliche Medizinalverwaltung findet sich heute dagegen in Großbritannien.

3) BVerfGE 11,30(39 ff.)

4) ebenso ENGISCH Monatsschrift f.Kinderheilk.1966,135(138)
KREUZER, S.83 ff. m.w.Nw.,
SCHÖNKE-SCHRÖDER § 330 c Rdn.25a m.w.Nw.

5) EB.SCHMIDT, Besuchspflicht, S.24

terisiert demgemäß als strafrechtliche Garantenpflichten jene Berufspflichten des Arztes, "die rechtlich aus seiner Niederlassung und moralisch aus seinem Berufsethos hergeleitet" werden. [1] Das ärztliche Standesethos, auf das im einzelnen noch einzugehen sein wird, bedeutet jedoch grundsätzlich keine allgemeinrechtliche Inpflichtnahme des Arztes. Wie jedes moralische Gebot binden auch standesrechtliche und -ethische Pflichtenregelungen zunächst nur intern. Sofern der Gesetzgeber sie nicht ausdrücklich verrechtlicht, was bislang nicht erfolgt ist, erhalten sie eine allgemeinrechtliche Wirkung nur durch Transformation in Form einer Ausfüllung allgemeiner Rechtsbegriffe, wie etwa die "guten Sitten" in § 138 BGB. [2] Diese Möglichkeiten ergänzt EB.SCHMIDT ohne hinreichenden Grund, indem er sogar das standesethische Maximum zur Rechtspflicht werden läßt, während eine Transformation ethischer Grundsätze grundsätzlich nur auf das ethische Minimum abstellt. [3]

Auch durch eine vorgegebene Beziehung des Arztes zum Mitmenschen, die in der Not zum Helfen verpflichtet, läßt sich EB.SCHMIDTs Bemühen nicht rechtfertigen. Unsere Rechtsordnung mißt jede Berufspflicht mit gleichen Maßstäben, sei es die des Arztes, der Krankenschwester oder die des Rechtsanwalts. Der Arzt ist vor dem Recht ein "Durchschnittsrechtsgenosse", mag ihn auch das ärztliche Standesethos anders beurteilen. [4] Eine Unterbewertung ärztlicher Tätigkeit bedeutet dies nicht, da die standesethische Pflichtenbindung intern gegenüber dem Berufsstand ihre volle Bedeutung beibehält.

---

1) S.1o4

2) KREUZER, S.87; zur Ausfüllung des Begriffs der "guten Sitten" durch das Standesethos der Ärzte s.u.S. 172 ff.

3) s.dazu unten S. 153, 178 ff., 184 f.

4) KREUZER, S.86 f.

3. KREUZER stellt schließlich noch eine Erweiterung der anerkannten Garantentypen durch eine "Hilfe-Monopol-Stellung" zur Diskussion. [1] Danach soll der Arzt zur Lebenserhaltung verpflichtet sein, wenn er der einzig erreichbare Sachkundige ist. Das so skizzierte Institut würde nach Ansicht von KREUZER keine spezifisch ärztliche Berufsregelung darstellen, sondern auch andere Medizinalpersonen oder sonstige Hilfskräfte betreffen und damit viel weniger in die ärztliche Berufsausübung eingreifen. Es entspräche in der Begründung in etwa dem im Zivilrecht anerkannten Kontrahierungszwang bei Monopolstellungen unter Beschränkung auf den Bereich der Hilfeleistung [2], würde aber tiefgreifendere Folgen haben, da der Arzt nicht nur zivilrechtlich auf Schadensersatz, sondern auch strafrechtlich wegen Tötung durch Unterlassen haften würde.

Gleichwohl handelt es sich bei jenem Institut lediglich um einen Vorschlag, der bislang weder durch den Gesetzgeber noch von der Lehre und Rechtsprechung diskutiert, geschweige denn anerkannt wurde. Ein Bedürfnis nach strafrechtlicher Sanktionierung des zivilrechtlichen Kontrahierungszwanges auf dem Gebiet der Hilfeleistung ist auch nicht erkennbar, zumal das Strafrecht in der herkömmlichen Garantentypologie und in § 330 c StGB eine hinreichende Regelung vorweisen kann. De lege lata kann daher ausschließlich aus einer Hilfe-Monopol-Stellung keine Garantenschaft eines Arztes und damit auch kein Geltungsgrund für die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung hergeleitet werden.

---

1) S. 82

2) s. dazu unten S. 216

II. § 330 c StGB

Im Gegensatz zu den Vorschriften über den Lebensschutz in den §§ 212 ff. StGB, 823 BGB enthält § 330 c StGB ein verselbständigtes rechtliches Gebot zur Hilfeleistung. Soweit mit der Hilfeleistung die Erhaltung menschlichen Lebens verbunden ist, gibt dieses Gebot daher gleichfalls einen Geltungsgrund für die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung.

Es empfiehlt sich, noch zu klären, woraus sich die in § 330 c StGB statuierte Pflicht herleitet. Strafrechtliche Gebote (im Rahmen echter Unterlassungsdelikte) sind nämlich nichts Selbstverständliches, sie sind nicht allein aus dem Ordnungsprinzip zu rechtfertigen, sondern verweisen auf einen Bereich, in dem die Anwendung strafrechtlicher Zwangsmittel besonderer Legitimation bedarf.

Die Hilfeleistungspflicht ist ihrer eigentlichen Natur nach in der Ethik, und zwar in der Sozialethik bzw. Sozialmoral beheimatet. [1] Dabei handelt es sich, worauf später noch näher einzugehen ist, um die gemeinsame Überzeugung eines Teils von Gruppenangehörigen, daß ihre Gebote ethisch richtig und daher auch moralische Gebote sind. [2]

Die rechtliche Sanktionierung dieser sittlichen Pflicht ist das eigentlich Fragwürdige, da dadurch in gewissem Rahmen eine "Ethisierung" des Strafrechts erreicht wird. Gleichwohl ist sie bereits in den Grundgedanken der verfassungsmäßigen Ordnung angedeutet. Wenn auch das Grundgesetz den Grundrechten, nicht aber den Grundpflichten besondere Aufmerksamkeit schenkt, scheint es doch unwahrscheinlich, daß die Nothilfepflicht nur in den Ländern der BRD Verfassungsrang haben soll, deren Verfassungen sie ausdrücklich erwähnen (Bayern in Art.122, Bremen in Art.10, Rheinland-Pfalz in Art.22 und das Saarland in Art.19 I). Der Verzicht auf einen ausdrück-

1) KREUZER, S.21

2) LARENZ, AT S.42, s.auch u. S.154

lichen Grundpflichtenkatalog ist vielmehr nur als Reaktion auf die totale Inanspruchnahme des Individuums durch den Staat in den vorangegangenen Jahren zu werten. Dennoch ist das Bestehen einer staatsbürgerlichen Grundpflicht zur Nothilfe auch im GG zu bejahen. [1] Das GG hat sich nicht für das Bild eines souveränen, isolierten Individuums entschieden, sondern hat - ohne den Eigenwert des einzelnen zu berühren - die Spannung zwischen Individuum und Gesellschaft zugunsten der Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit des einzelnen entschieden. Dies ergibt sich insbesondere aus einer Gesamtschau der Art.1,2,12,14,15,19,20 GG [2]. Hier ist mit aller Klarheit in der Synthese zwischen liberaler und sozialer Staatsauffassung das Sozialstaatsprinzip ausgesprochen. Dieses beinhaltet neben den Pflichten des Staates gegenüber dem Bürger und denen des Bürgers gegenüber dem Staat auch soziale Verhaltenspflichten der Bürger untereinander. [3] Zu den letztgenannten zählt unter anderem die Nothilfepflicht [4], womit sich das Sozialstaatsprinzip als Einbruchsstelle zeitgemäßer sozialmoralischer Anschauungen in der Verfassung zeigt.

III. Zusammenfassung

Es kann demnach zusammenfassend festgestellt werden, daß die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung im rechtlichen Bereich nur bei unechten Unterlassungsdelikten nach §§ 212 ff. StGB, der Schadensersatznorm des § 823 I, II BGB und bei dem echten Unterlassungsdelikt des § 330 c StGB in Erscheinung tritt, sofern man von dem noch zu erörternden Pflichtenkreis auf Grund einer eventuell möglichen privatautonomen Gestaltung absieht.

---

1) MAUNZ, S.96

2) BVerfGE 4,15

3) DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 I Rdn.24

4) KREUZER, S.24

Als Geltungsgrund kommen demnach zum einen die herkömmlichen Garantenstellungen, wie die Übernahme der tatsächlichen Gewähr, vorausgegangenes gefährliches Tun oder besondere Fürsorgebeziehungen, zum anderen § 330 c StGB in Betracht. Standesethische Prinzipien binden den Arzt hingegen nur berufsintern und stellen vor allem keinen öffentlichrechtlichen Pflichtenkreis des Arztes dar.

B. Begriffliche Unklarheiten bezüglich der Termini "Leben" und "Tod"

Rechtliche Aussagen über die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung erfordern zwingend eine begriffliche Erfassung des menschlichen Lebens. Diese kann durch eine Gegenüberstellung von Leben und Tod erfolgen, da nur das erlöschende Leben zur Diskussion steht und dieses durch den Tod beendet wird.

I) Der Tod als Seinsform

Nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft ist der Tod im biologischen Sinne definiert "durch den Verlust der für das Leben charakteristischen Erscheinungen, einer bestimmten funktionellen Dynamik, die sich an der zum Leben befähigten strukturierten Materie vollzieht" [1]. So verstanden handelt es sich um einen allmählichen, von der Sauerstoffempfindlichkeit der einzelnen Zellen abhängigen Abbauprozeß. Dieser beginnt ca. 3-4 Minuten nach Kreislaufstillstand [2], da zu diesem Zeitpunkt die Molekülstruktur

---

1) MASSHOFF, MMW 68,2473(2474)
vgl. zum folgenden GEILEN, FamRZ 68,121(123ff.); NISSEN, Hippokrates 67,232(233ff.); SUNDER-PLASSMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 1968, 71 ff.; SPANN-LIEBHARDT, MMW 1966, 1410(1412); STRATENWERTH, in Festschrift für Engisch, S.528 (530 ff.)

2) Die Frist verlängert sich bei Kindern oder bei Unterkühlung auf 8–12 Minuten.

der Großhirnrinde zerfällt, und endet bis zu 120 Stunden danach, mit dem Absterben der Spermatozoen [1]. Man kann demnach die verschiedensten Todesstadien zwischen völliger Intaktheit und völliger Zerstörung der lebenswichtigen Zentren unterscheiden:

Den klinischen Tod, der im Herz- und Atemstillstand als solchem liegt, der aber die Möglichkeit der Reaktivierung [2] dieser Funktionen in sich trägt.

Den cerebralen Tod, der von der Zerstörung des gesamten Hirns ausgeht und daher auch kein Leben als Apalliker zuläßt, und

Den biologischen Tod, bezogen auf den Gesamtorganismus mit irreversiblem Kreislaufstillstand oder bezogen auf einzelne Organe, deren Funktion künstlich ersetzt werden kann, auch wenn ihr Tod unabänderlich ist (z.B. Leber oder Niere).

II) Der medizinische Todesbegriff

Angesichts dieser verschiedenen Stadien des Sterbens ist zu entscheiden, welche endgültig unterbrochenen Funktionen und irreversibel zerstörten Zellen maßgeblich dafür sind, daß das Leben eines Menschen seine Grenze gefunden hat. Soweit Mediziner darüber befinden, stehen naturwissenschaftlich-technische Argumente im Vordergrund. Daraus erklärt sich auch der Auffassungswandel unter Ärzten bei der begrifflichen Erfassung des Lebens und Todes, der Folge des außergewöhnlichen Fortschritts der Technik und der modernen Methoden

---

1) SPANN, MMW 1969,2253(2253)

2) Gegenüber dem Terminus "Reanimation" ist die Bezeichnung "Reaktivierung" genauer.
vgl. SUNDER-PLASSMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 1968, 71(82)

der Krankenbehandlung ist.

1) Ursprünglich wurde der eigentliche Tod mit dem Stillstand von Herz und Atmung angenommen. Dabei handelte es sich um keine willkürliche Fixierung auf eines der genannten Todesstadien. Vielmehr entsprach diese Todesvorstellung dem bis in die jüngste Zeit währenden Entwicklungsstand der Medizin. [1] Denn der Arzt war mit Eintritt des klinischen Todes am Ende seiner Behandlungsmöglichkeiten, so daß zwangsläufig ein Absterben aller Zellen erfolgten mußte. Außerdem kam jener Todesbegriff dem irrationalen Moment entgegen, das vom Tod als "ausgehauchtem Leben" ausging [2].

2) Die heutigen Möglichkeiten, den Kreislauf nach erfolgtem Stillstand chemisch, mechanisch oder durch sog. Schrittmacher wieder in Gang zu setzen, bzw. den Atmungsausfall durch sogen. Respiratoren zu kompensieren, führen jedoch zu einem Umdenken. Legt die Medizin nämlich die herkömmlichen Todeskriterien weiterhin zugrunde, so verwandelt sich die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung grundsätzlich in die Pflicht zur grenzenlosen Fortsetzung von Reaktivierungsmaßnahmen.

Herztransplantationen wären nicht möglich, und der Patient gelangte in einen Zustand "klinischer Unsterblichkeit"[3] [4].

Nahezu einhellig hat sich daher die Vorstellung in der Medizin über die Grenze menschlichen Lebens geändert. Der Tod wird nunmehr lokalisierend festgelegt, indem man ihn mit dem

---

1) Nw. bei GEILEN, FamRZ 68,121(123 Anm.13)

2) vgl. GEILEN, FamRZ 68,121(123)

3) So GEILEN in einem bisher unveröffentlichten Vortrag über "Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff", gehalten am 3.12.1969 in Bonn (Vortragsmanuskript S.5)

4) Ausführlich zu der Problematik, die bei Beibehaltung des klinischen Todes auftritt: STRATENWERTH, in Festschrift f. Engisch 528 (536 ff.)

endgültigen Tod des Gehirns identifiziert [1].

Zur Begründung verweist man hauptsächlich auf drei Gesichtspunkte. Zum einen werden anthropologische Aussagen in den Vordergrund gestellt, die besagen, daß das Gehirn es sei, was den Menschen zum Menschen mache. Denn die Seele sei an die Funktion des Gehirns gebunden [2]. Zum anderen entwickelt man die herkömmlichen Kriterien des klinischen Todesbegriffs weiter. Mit ihm sei schon immer der Hirntod verbunden gewesen, nur daß man unter bewußter Vernachlässigung einer bedeutungslosen Zeitdifferenz auf äußerlich erkennbare Symptome abgestellt habe, da diese besser zu diagnostizieren seien [3]. Schließlich wird als Begründung angeführt, das Gehirn sei Funktions- und Integrationszentrum im biologischen Sinn. Sein Ausfall habe nicht nur zur Folge, daß Bewußtseinsvorgänge unmöglich werden, die die personale Individualität ausmachen (z.B. Empfindungen, Sinneseindrücke, Sprechen, Verstehen). Er bewirke auch, daß die Organfunktionen bis zu ihrem Absterben nur noch durch das Rückenmark oder peripher ohne Koordination gesteuert werden [4].

---

1) BROSIG-NAGEL, Fortschr.Med., 1968,293(294); KAUTZKY, Hochland 54 (1960/61),3o3(314); Umschau 1968, 193 f.; LAVES, MMW 1965,113(118); NISSEN, Hippokrates 67,232 f.; PRIBILLA, Sonderdruck, S.3 ff.; SPANN-LIEBHARDT, MMW 66,1410(1412); SUNDER-PLASSMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 1968,71 (72); WAWERSIK, ÄM 1969,1315(1316); ZENKER, Möglichkeiten, 55(73); Kommissionsvorschlag der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie, Chirurg 68,196 f.; Schweizer Richtlinien f.die Definition des Todes, MMW 1969,1323 f.

2) GERLACH, MMW 69,732(733), ähnlich KAUTZKY, Hochland 53 (1960/61),303(314); SPANN-LIEBHARDT, MMW 66,1410(1412); vgl. i.ü. GEILEN, FamRZ 68,121(124) m.w.Nw.

3) SPANN-LIEBHARDT, MMW 66,141o(1412); vgl. GEILEN, FamRZ 121(124) m.w.Nw.

4) GERLACH, MMW 69,732(733); WAWERSIK, ÄM 1969,1315(1316)

Keines jener Argumente ist zwingend, was aber noch nicht bedeutet, daß ihnen keine Beachtung zukommen soll [1]. Der anthropologischen Begründung mag bei entsprechender glaubensmäßiger Fundierung ohne Skepsis zugestimmt werden, doch ist sie ohne logische Grundlage und naturwissenschaftlich nicht nachweisbar.

Dies berücksichtigen die anderen Argumente, obwohl auch ihnen nicht ohne Bedenken begegnet werden kann. Sicherlich ist es richtig, daß der Hirntod schon immer die Folge des klinischen Todes war, doch war früher die Unmöglichkeit weiterer Lebenserhaltung das maßgebliche Kriterium. Heute dagegen ist es möglich, den Sterbeprozeß auch bei eingetretenem cerebralen Tod aufzuhalten, so daß die Frage offen bleibt, warum gerade der Tod auf den Hirntod lokalisiert werden soll. Auch die integrative Funktion des Gehirns ist unbestreitbar. Gleichwohl kann die Integration nicht ausschließlich auf das Gehirn ohne Berücksichtigung des Rückenmarks beschränkt werden [2]. Zudem setzt die Begründung voraus, daß nur integriertes, koordiniertes Leben menschliches Leben ist.

Die Zweifel an der medizinischen Argumentation für die Maßgeblichkeit des cerebralen Todes werden ergänzt durch prinzipielle Schwierigkeiten bei der Feststellung des Hirntodes.

Das Elektroencephalogramm (EEG) hat hier die größte Bedeutung [3]. In den Hirnzellen spielen sich bioelektrische Vorgänge ab, die grundsätzlich mit Hilfe des EEG als Hirnstromkurve sichtbar gemacht werden könne. Eine elektrische Stille im EEG scheint dabei für den Hirntod beweisend zu sein.

---

1) Mit den genannten Begründungen setzt sich vor allem GEILEN in seinem in Anm.3) S.45 zitierten Vortrag, Manuskript S.6 ff. auseinander, der den folgenden Erwägungen weitgehend zugrundeliegt (auch FamRZ 68,121 (123 ff.).

2) GERLACH, MMW 1969,732(733)

3) vgl. dazu SPANN-LIEBHARDT, MMW 1966,1410(1413 f.); SPANN, MMW 1969,2253(2255)

Allerdings darf daraus nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß der cerebrale Tod in diesen Fällen stets eingetreten ist. Das EEG allein erlaubt keine sichere diagnostische Aussage, da es seiner Natur nach nur geeignet ist, über die Funktion von Teilen der Großhirnrinde Aufschluß zu geben, nicht aber über tiefer gelegene Hirnteile. Die elektrische Stille wird daher für eine gewisse Zeit gefordert, wobei die angegebenen Zeitspannen zwischen 30 Minuten und 48 Stunden schwanken [1].

Daneben gewinnt das beiderseitige Karotisserienangiogramm mehr und mehr an Beweiskraft [2]. Es "kann einen Durchblutungsstopp des Gehirns aufzeigen, der, wenn er 30 Minuten lang besteht, den Organtod des Gehirns beweist. Allerdings tritt dieser Durchblutungsstopp nur dann auf, wenn es ... zu einem so hochgradigen Hirndruck infolge Volumenvermehrung des Gehirnes gekommen ist, daß dadurch die Hirndurchblutung verhindert wird. Ist dies nicht der Fall, so kann deswegen nicht auf Leben geschlossen werden. Der Hirntod kann in diesen Fällen lediglich nicht bewiesen werden." [3]

Infolge der (geringfügigen) Unsicherheit dieser Methode empfiehlt man daher z.T. beide Feststellungsarten sowie un-

---

1) vgl. GEILEN, FamRZ 1968,121(126 m.w.Nw. in Anm. 4o); PRIBILLA, Sonderdruck S.15; SPANN-LIEBHARDT, MMW 1966, 1410(1414); SPANN, MMW 1969, 2253(2255); STRATENWERTH, in Festschrift f.Engisch, 528(545 f.) m.w.Nw. Der Kommissionsvorschlag der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie, ÄM 1967,2769 spricht sich für eine Beobachtungszeit von 12 Stunden aus.

2) vgl. PRIBILLA, Sonderdruck S.19 f.; SPANN, MMW 69,2253 (2255); STRATENWERTH, in Festschrift f.Engisch, S.528(545)

3) SPANN, MMW 69,2253(2255)
Die von SPANN im Rahmen der Feststellung des Hirntodes vorgeschlagene Bestimmung der arteriovenösen Sauerstoffdifferenz läßt nach seiner eigenen Aussage noch keine verbindlichen Rückschlüsse zu (vgl. a.a.O. S.2255). Neuerdings werden zum Beweis der Irreversibilität Isotopen verwandt, die auf einfache Weise sichere Schlußfolgerungen zulassen sollen, doch sind darüber noch keine offiziellen Stellungnahmen ersichtlich.

terschiedliche zusätzliche Kriterien,wie keine Reaktion auf Atropin, fehlende Spontanatmung, beidseitige Mydriasis (weite, lichtstarre Pupillen) jeweils über einen bestimmten Zeitraum [1].

Eine ausführliche Stellungnahme zu jenen medizinischen Feststellungsmethoden und ihren Begründungen erübrigt sich mangels Zuständigkeit auf juristischer Seite.

3) Gleichwohl haben die aufgeführten Bedenken den Schluß nahegelegt, daß eine den modernen Erfordernissen gerecht werdende Grenze zwischen Leben und Tod nicht einer naturwissenschaftlich exakt nachweisbaren Linie entspricht. Das läßt sich auch dem Kommissionsvorschlag der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie für eine Todesdefinition entnehmen. Er faßt aus medizinischer Sicht die Todesdefinition unterschiedlich für die Fälle des akuten, schockartigen Versagens [2] und die der Beendigung einer progredienten und unheilbaren Krankheit, bei denen der körperliche Zustand therapeutisch nicht mehr zu beeinflussen ist [3]. Völlig zu Recht wird daher neuerdings darauf verwiesen, daß der Hirntod als medizinischer Todesbegriff nicht einer freien naturwissenschaftlichen Tatsachenfeststellung entspringt. Es handelt sich nicht um ein biologisches Problem, sondern um eine Wertung der Gesellschaft oder im Auftrage der Gesellschaft [4]. Das Werturteil beant-

---

1) vgl. auch den Kommissionsvorschlag der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie, Chirurg 1968,196 f., der sich auf 12 Stunden festlegt; s.auch Schweizer Richtlinien für die Definition und die Diagnose des Todes, MMW 1969,1323 f.; PRIBILLA, Sonderdruck, S.10 ff.

2) wie bei einer direkten Schädigung des Gehirns durch äußere Gewalteinwirkung oder durch intrakraniellen Druckanstieg

3) vgl. Chirurg 68,196 f.

4) SPANN, MMW 1969,2253(2254), ihm folgend GEILEN in seinem in Anm.3, S.45 zitierten Vortrag, Manuskript S.19 f.

wortet die Frage, welche Gesichtspunkte das menschliche Leben von unbeseelter Materie unterscheiden, wobei die neuesten medizinischen Erkenntnisse zugrundezulegen sind. Die Festlegung auf den Hirntod beruht dabei auf dem für den Praktiker zwingenden Argument, das schon den klinischen Todesbegriff gestützt hat und besagt, daß mit dem Eintritt des Hirntodes ein Stadium erreicht ist, in welchem dem Patienten "nicht mehr zu helfen ist" [1]. Der Arzt hat also wie früher beim klinischen Tod mit Eintritt des Hirntodes keine Eingriffsmöglichkeit mehr, wobei die heutigen technischen Gegebenheiten eine Präzisierung dahingehend verlangen, daß der Arzt keine "sinnvolle" (sei es in einem biologischen oder in einem weiteren Sinn) Eingriffsmöglichkeit mehr hat [2].

III. Der juristische Todesbegriff

Es hat sich gezeigt, daß die verschiedenen Partialtodesstadien das Sterben als einen Prozeß verdeutlichen können, daß sie aber für sich genommen noch keine Aussage darüber abgeben, wann das menschliche Leben beendet ist. Dazu bedarf es einer Wertung, die durch die Gesellschaft oder in deren Auftrag, d.h. durch das Recht erfolgt. Der Jurist ist an diese Wertung gebunden, soweit ihm der Tod in seiner begrifflichen Erfassung als Beschreibung natürlicher Gegebenheiten begegnet, an welche die im Gesetz getroffene Regelung anknüpfen kann. Das zeigte sich in aller Deutlichkeit, wenn eine positiv rechtliche Definition oder eine anderweitige gesetzliche Regelung existieren würde.

1) Indessen fehlt es an solchen gesetzlichen Wertungen [3].

---

1) GEILEN in seinem in Anm. 3, S. 45 zitierten Vortrag, Manuskript S.8; ebenso SPANN, MMW 69,2253(2254)

2) Diesen Gedanken bezeichnet GEILEN, FamRZ 68,121(125) zu Recht als eine "apokryphe Form der Euthanasie"; vgl. auch SPANN, MMW 1969,2253(2253)

3) m.E. zu Recht, da das Gesetz sonst u.U. der stürmischen Entwicklung der Medizin im Wege stehen könnte.

Die Rechtsordnung geht in den verschiedenen Vorschriften nur von dem "Tod" aus, ohne im einzelnen die Grenze zwischen menschlichem Leben und unbeseelter Materie zu ziehen. So taucht die Frage auf, welchen Todesbegriff der Jurist unter diesen Umständen zugrundezulegen hat. Es wäre möglich, daß man mit der wertenden Grenzziehung bei der Todesfeststellung einen Arzt oder ein Ärztegremium beauftragen [1] und dem Juristen die Zuständigkeit in Sachen ärztlicher Verantwortlichkeit schlechthin entziehen würde. Begründen ließe sich das dadurch, daß man auf die umfassende ärztliche Erfahrung und die traditionellen Regeln ärztlicher Ethik verwiese. Gleichwohl vermag diese Lösung nicht zu überzeugen. Wenn gesetzliche Wertungen fehlen, hat der Richter auf die ethischen Grundsätze zurückzugreifen, die der Rechtsordnung immanent sind, und notfalls eine eigene Wertentscheidung zu treffen [2]. Das bedeutet selbstverständlich nicht, daß er Streitfragen primär medizinischer Art zu entscheiden hat. Er kann für den Todesbegriff die rein naturwissenschaftlichen Erkenntnisse, wie z.B. die Feststellung des Hirntodes, nur auf ihren Beweiswert kontrollieren, wobei ihm natürlich die Übereinstimmung naturwissenschaftlicher Aussagen die Prüfung erleichtert [3].

2) Allerdings besteht unter Juristen im Grundsatz kein Bestreben, vom cerebralen Tod als Ende des menschlichen Lebens entsprechend den medizinischen Vorstellungen abzuweichen [4]. Nur wird nicht verhehlt, daß mit diesem Todes-

1) vgl. zu dieser Möglichkeit der Wertung SPANN, MMW 69, 2252(2254), ähnlich SCHÖNIG, NJW 68,189(189)

2) HINDERLING, SchwJZ 68,65(65); s.dazu ausführlich unten S. 179 ff.

3) HANACK, ÄM, 1969,1320(1320)

4) ACKERMANN, FAZ v.10.6.1969, S.12;
BOCKELMANN, S.109;
v.BUBNOFF, GA 68,65(76);
ENGISCH, Chirurg 67,252(252);
HANACK, ÄM 1969,1320(1322);
HINDERLING, Schw.JZ 68,65(67 f.);

begriff erhebliche praktische Schwierigkeiten verbunden sind. Der alte Todesbegriff knüpfte an das Ausbleiben von Lebensfunktionen an, die leicht zu erkennen waren. Dagegen ist der Hirntod in einem komplizierten Verfahren nachzuweisen, das nur mit einer umfangreichen Apparatur und speziell geschultem Personal durchgeführt werden kann.

Diesen Nachweis in all jenen Fällen der täglichen Praxis zu postulieren, welche die ex-post-Feststellung des Todeszeitpunktes verlangen (z.B. bei Erteilung eines Erbscheines) ist schon rein technisch nicht möglich. Um ihn zu umgehen, versucht man daher in diesen Fällen auch unter Juristen, den klinischen Tod als Kriterium für "den" Tod, den Gehirntod beizubehalten [1]. Man rechtfertigt das damit, daß insoweit kein unterschiedlicher Todeszeitpunkt eingeführt werde. Denn mit der ex-post-Feststellung des klinischen Todes werde wegen dessen indiziellen Charakters zugleich auch der Hirntod festgestellt. Gleichwohl trügt diese Ansicht. Obwohl es einleuchtet, daß mit dem klinischen Tod ohne weiteres ärztliches Tätigwerden auch der Hirntod eintritt, kann rein logisch dieser Partialtod nicht mit dem cerebralen Tod identisch sein. Mag der klinische Tod auch den Hirntod indizieren, so besteht doch eine zeitliche Differenz zwischen dem cerebralen Tod und dem Stillstand von

---

KAISER, Med.Klin., 1967,643(645 f.);
KALLMANN, FamRZ 69,572(575);
KOHLHAAS, Medizin und Recht, S.122;
SCHÖNIG, NJW 1968,189(189), der sich insoweit allerdings darauf beruft, daß die Überzeugung des Arztes entscheidend sei;
SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem.10b vor § 211;
STRATENWERTH, in Festschr.f.Engisch S.528(543 ff.) unter Bedenken;
TROCKEL, Med.Klin.1969,666(666)

1) ACKERMANN, FAZ v.1o.6.1969,S.I2; HANACK, ÄM 1969, 132o(1322)

Kreislauf und Atmung, welche die Anerkennung von verschiedenen Todeszeitpunkten bedingt.

3) WESTERMANN schlägt daher vor, den einheitlichen Todesbegriff in zwei verschiedene Begriffe aufzuspalten [1]. Vom cerebralen Tod sei nur dort auszugehen, wo der festgestellte Tod Grundlage eines Handelns oder Unterlassens sein soll, insbesondere also eines Eingriffs wie etwa einer Organentnahme zum Zweck einer Organtransplantation (Handlungsbegriff). In den übrigen Fällen, in denen es lediglich auf das Ob des Todes mit einer ex post-Feststellung des Todeszeitpunktes ankommt, könne man sich mit der Feststellung des klinischen Todes begnügen, zumal der Hirntod damit nach einer längeren Zeit zwangsläufig verbunden sei (Feststellungsbegriff) [2]. So werde es ermöglicht, die modernen medizinischen Erkenntnisse und eine darauf beruhende Wertung ohne besondere gesetzgeberische Maßnahme in unsere Rechtsordnung einzufügen, obwohl die vereinfachte Feststellung des klinischen Todes in der Mehrzahl der Fälle widerspruchslos beibehalten werden könne.

Die Gegenüberstellung eines Handlungsbegriffes i.S. eines Realbegriffs und eines veräußerlichten Feststellungsbegriffs vermag nicht nur unter dem praktischen Aspekt zu überzeugen. Sie ist auch methodologisch gerechtfertigt.

Der Begriff Tod, der dem Juristen als Rechtssatzbegriff [3]

---

1) In Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 87(89), ihm folgend GEILEN in seinem in Anm. 3, S. 45 zitierten Vortrag, Manuskript S. 19 f.

2) Die Einwände von KALLMANN, FamRZ 69,572(574) gehen an der Sache vorbei, da sie auf einem falschen Verständnis der Auffassung Westermanns beruhen. Dieser stellt für die rechtliche Beurteilung nicht ausschließlich auf den klinischen Tod ab (so die Ansicht Kallmanns, a.a.O.), sondern er trennt gerade auf juristischer Ebene den Todesbegriff in einen Handlungs- und Feststellungsbegriff.

3) vgl. dazu ENGISCH, Deutsche Landesreferate 1958,59(61 f.)

begegnet, ist wie jeder dieser Begriffe von einer gewissen "Bedingtheit und Elastizität" [1]. Man darf daher, wenn sich an verschiedenen Stellen eines Gesetzes oder in unterschiedlichen Gesetzen dasselbe Wort findet, nicht davon ausgehen, daß es immer dasselbe bedeutet. Vielmehr gebieten die Regeln der Hermeneutik unter anderem eine teleologische Rechtsfindung [2], die besagt, daß sich der Inhalt von Rechtssatzbegriffen "aus ihrer Beziehung auf den ganzen Rechtssatz, seinen Zweck, seine Funktion, seine Stellung im größeren Ganzen ergibt". [3]

Dieser kann sich daher nicht nur durch die fortschreitende Differenzierung unseres Daseins ändern, sondern auch durch die Differenzierung der Werterkenntnis im Rahmen des jeweiligen Rechtssatzes [4]. Eine so verstandene "Relativität der Rechtsbegriffe" [5] beruht darauf, daß die Begriffe in den Sollenszusammenhang der Rechtsnorm unmittelbar eingestellt sind und somit "ihre Erkenntnisfunktion entscheidend überformt (wird) durch die Sollensfunktion der betreffenden Rechtsnorm" [6]. Demnach steht einer Aufspaltung des Todes-

---

1) MÜLLER-ERZBACH, Iherings JB 61(1912),343(35o)

2) vgl. dazu LARENZ, Methodenlehre, S.311 ff.

3) ENGISCH, Deutsche Landesreferate 1958,59(69)

4) SAX, in Festschrift f.Nottarp, S.133 ff. (135)

5) vgl. dazu EHRLICH S.129; ENGISCH, Deutsche Landesreferate, 59 ff.; HECK S.60; MÜLLER-ERZBACH, Iherings JB 61 (1912),343(350); RIEZLER, ARSP 34(1940/41),149(158, 162 f.); SAX, in Festschrift f.Nottarp, 133 ff.; WESTERMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 1968, 87(89)

6) SAX, in Festschrift f.Nottarp, S.133 ff.(134)

begriffs in einen Handlungsbegriff und einen Feststellungsbegriff nichts im Wege [1].
Sie setzt zusätzlich voraus, daß die ratio legis der in Frage kommenden Rechtssätze gerade diese begriffliche Gegenüberstellung gestattet.

Insoweit gehen die Rechtsvorschriften, die das menschliche Leben oder den Tod als Rechtssatzbegriffe beinhalten bzw. auf ihnen aufbauen, von der Identität des Menschseins und der Rechtsfähigkeit aus, obwohl das nicht ausdrücklich geregelt ist, vgl. § 1 BGB. Denn die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, ist unabdingbare Voraussetzung für die Teilnahme des Menschen am Sozialleben und damit für dessen rechtliche Existenz überhaupt [2]. In einem weiteren Sinn haben jene Normen generell die Funktion, den Menschen als Rechtsperson und damit als Wert im Recht zu schützen [3]. Dies erfolgt einerseits dadurch, daß Angriffe auf die Integrität des Menschen mit Strafe bedroht werden (Schutz der Existenz des Menschseins), andererseits durch Gewährleistung der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Schutz der Essenz des Menschseins).

Konkretisiert man diese generellen Normfunktionen für die Rechtssätze, die vom Ende des Menschseins ausgehen, so zeigt sich in der Tat, daß die Funktion dieser Normen die Aufspaltung des Todesbegriffs in einen Feststellungs- und einen Handlungsbegriff ermöglicht.

---

1) Beim Beginn des menschlichen Lebens ist diese Relativität längst gesetzlich anerkannt. So fixiert § 1 BGB den Beginn des Menschseins auf den Zeitpunkt nach Vollendung der Geburt; § 217 BGB schützt den Menschen hingegen schon in diesem Stadium.

   Aber es gibt auch in Bezug auf den Tod Vorschriften, die von der Relativität des Todesbegriffs ausgehen. So kennt die Rechtsordnung im Gegensatz zur Natur sogar einen fiktiven Tod in Gestalt der Todeserklärung, § 9 Verschh. G; vgl. RIEZLER, ARSP 34(1940/41),149(158); s.auch WESTERMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 1968,87(88); MÜLLER-ERZBACH, Iherings JB 61 (1912),343(350)

2) WESTERMANN, Person und Persönlichkeit, S.9

3) WESTERMANN, Person und Persönlichkeit, S.9

Soweit die Existenz des Menschseins geschützt werden soll, wie z.B. in §§ 211 ff. StGB, 823 ff. BGB, bezweckt das Gesetz, positives Tun oder Unterlassungen zu verhindern, welche den Tod als Ende des Menschseins herbeiführen. Dabei gebietet die Würde des Menschen einen möglichst umfassenden Schutzbereich bei der Wertung im Rahmen des Todesbegriffs zugrundezulegen. Handlungen wie die Entnahme eines lebenswichtigen Organs sollen nur vorgenommen werden können, wenn mit den modernsten und sichersten Methoden der Tod des Spenders ex ante festgestellt worden ist. Die Feststellungsschwierigkeiten sind hier demnach in Kauf zu nehmen zum Schutz der Existenz des Menschseins, so daß der Hirntod als Todesbegriff gerechtfertigtist. Das gleiche gilt für das Unterlassen lebenswichtiger Maßnahmen, die der Funktionserhaltung bestimmter Organe dienen (z.B. Einsatz einer Herz-Lungen-Maschine).

Was den Bereich anbelangt, in dem die freie Entfaltung der Persönlichkeit die Normfunktion ist, so können hier zunächst diejenigen Vorschriften unerörtert bleiben, die die freie Entfaltung der Rechtsperson während des Lebens betreffen. Es kommen nur solche Rechtssätze in Betracht, die Regelungen bezüglich der Rechte und Pflichten für Verstorbene aufstellen, wie z.B. in §§ 1482, 1494, 1922 ff., 2106 BGB. Hier ist ex post zu ermitteln, wann das Menschsein und damit auch die Rechtspersönlichkeit ein Ende gefunden hat. Der oben erwähnte Schutzgedanke spielt dabei nur noch insofern eine Rolle, als gewährleistet sein muß, daß der Tod überhaupt eingetreten ist, was in den Fällen der rückschauenden Betrachtung infolge der vergangenen Zeit nicht angezweifelt werden kann. Jene Schutzfunktion braucht also bei der Wertung im Rahmen des Todesbegriffs nicht mehr berücksichtigt zu werden. Demnach besteht auch keine Notwendigkeit, den Hirntod als Todesbegriff zu übernehmen. Es entspricht angesichts der Feststellungsschwierigkeiten des Hirntodes weit eher der Funktion der hier diskutierten Rechtssätze, den leicht feststellbaren klinischen Tod zu-

grundezulegen, da diese Tatbestände klare Zäsuren für den Eintritt des Todes schaffen wollen. Dabei bleibt nur zu betonen, daß diese Wertung nur relativ für die genannten Rechtssätze gilt und keine absolute Aussage treffen will.

IV. Zusammenfassung

Es hat sich gezeigt, daß der Todesbegriff als Rechtsbegriff einer Aufspaltung in einen Handlungs- und einen Feststellungsbegriff bedarf, um den verschiedenen Normfunktionen und den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht zu werden. Damit ist auch die Ausgangsfrage geklärt, die sich die begriffliche Erfassung des menschlichen Lebens im Hinblick auf die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung zum Ziel gesetzt hat. Insoweit ist ohne besondere Abrede unter menschlichem Leben der Zustand bis zum Eintritt des cerebralen Todes zu verstehen. Denn die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung ist eine Sollensvorschrift, bei welcher erst der ex ante festgestellte Tod zum Unterlassen weiterer Lebenserhaltungsmaßnahmen berechtigt, so daß der Handlungsbegriff anzuwenden ist.

C. Grenzen der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung

Die Pflicht, zum Schutz gefährdeter Rechtsgüter tätig zu werden, findet sowohl bei den unechten Unterlassungsdelikten als auch bei § 330 c StGB ihre Grenze in der Möglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit des Handelns. Für die unechten Unterlassungsdelikte folgt aus aus allgemeinen Erwägungen [1], die z.T. als Kausalitätsproblem angesehen werden (nur wenn der Arzt den Tod des Patienten durch ein entsprechendes Handeln hätte vermeiden können, wäre sein

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. 82 ff., 94 ff.; für § 823 BGB vgl. SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER, § 823, Rdn.102,117

Unterlassen kausal) [1]. Bei § 330 c StGB werden jene Grundsätze, mit Ausnahme der Möglichkeit zu handeln, im gesetzlichen Tatbestand angesprochen. Mithin sind aus diesen Kriterien auch die Grenzen der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung zu entwickeln.

I. Möglichkeit ärztlichen Handelns

Unproblematisch ist die Frage, ob dem Arzt eine lebenserhaltende Maßnahme möglich ist. Dieses Urteil wird nach objektiven Gesichtspunkten abgegeben, da die Unkenntnis der Handlungsmöglichkeit bzw. Gefahrensituation nur das Verschulden berührt[2]. So kann dem Arzt jede Handlungsmöglichkeit z.B. infolge Bewußtlosigkeit fehlen, oder ihm kann gerade das konkret Erforderliche nicht möglich sein, z.B. weil ihm die Ausbildung zu einer bestimmten Behandlungsmethode fehlt.

II. Erforderlichkeit ärztlichen Handelns

Grenzt man die Pflicht zur Lebenserhaltung nach der Erforderlichkeit ärztlichen Eingreifens ab, so ist zunächst zu bedenken, daß der Begriff der Erforderlichkeit objektiv, d.h. vom Standpunkt eines mit der Kenntnis aller Umstände des Einzelfalles vertrauten vernünftigen Beobachters zu bestimmen ist. [3]

Einer subjektivierten Auslegung [4] steht entgegen, daß die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung nur bei solchen Normen in Frage steht, die den Lebensschutz bezwecken. [5]

---

1) vgl. KREUZER, S.1o5; SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. 141 m.w.Nw.

2) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. 84

3) KREUZER, S.1o5 ff. m.w.Nw.

4) ARMIN KAUFMANN, S.23o ff.;
MAURACH JR 56,348(350), weitere Nachweise bei KREUZER, S.1o2 ff.

5) KREUZER, S.1o4

Gebotene lebenserhaltende Handlungen sind daher nur erforderlich, wenn objektiv ein Menschenleben auf dem Spiel steht.

Während bei den §§ 212 ff. StGB, 823 BGB zweifelsfrei das Leben als Rechtsgut geschützt wird, ist dies bei § 330c StGB streitig. Gleichwohl müssen auch hier die Rechtsgüter Leben und Gesundheit des vom Unglück Betroffenen als geschützt angesehen werden, allerdings mit der Einschränkung, daß hier die Pflicht zur Rettung und Erhaltung der gefährdeten Schutzgüter begründet wird, während die unechten Unterlassungsdelikte die Verletzung personaler Rechtsgüter sanktionieren und insoweit eine (intensivere) Schutznorm aufstellen. [1] Die abweichende Ansicht, welche die reale Rettungschance selbst als Schutzgut ansieht [2], hält Pflichtinhalt und Rechtsgut nicht auseinander. Die Hilfspflicht aus § 330 c StGB wird nämlich in ihrem Bezug auf das Leben durch die Rettungschance nur objektiviert [3]. Auch die Meinungen, welche Universalrechtsgüter durch § 330 c StGB geschützt sehen, treffen nicht zu. So werden in diesem Zusammenhang die humanitäre Solidarität [4] und das allgemeine Sittlichkeitsempfinden [5] als Schutzgüter hervorgehoben, was eine weitere Ethisierung des Strafrechts zur Folge hat und die Entwicklung zum Gesinnungsstrafrecht begünstigt, da ein abstraktes Ideal zum geschützten Rechtsgut erhoben wird. [6] Eine Bezugnahme auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung [7] verkennt, daß § 330 c StGB Ausfluß einer im So-

---

1) KREUZER, S.33; was Auswirkungen auf § 823 II BGB hat
2) GALLAS, JZ 52,396(397)
3) KREUZER, S.31
4) MAURACH, JR 56,348(349)
5) OLG Frankfurt NJW 57,1848
6) KREUZER, S.29
7) WELZEL, S.470

zialstaatsprinzip verankerten Grundpflicht ist und in ihm eine polizeiliche Aufforderung zur Hilfeleistung nicht einmal mehr beispielhaft erwähnt wird, wie es bei seinen Vorgängern § 360 Nr.10 bzw. § 330 c a.F. StGB der Fall war.

Eine objektive Auslegung des Begriffs der Erforderlichkeit wirft weiterhin die Frage auf, ob die Erforderlichkeit einer ärztlichen Handlung ex ante oder ex post zu beurteilen ist. Auch hier gibt die schon angeführte Rechtsgutbetrachtung eine Antwort. Die Normen, welche die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung voraussetzen (§§ 212 ff.StGB, 823 BGB) bzw. begründen (§ 330 c StGB), bezwecken u.a. den Lebensschutz. Das tatsächliche Erfordernis lebenserhaltender Maßnahmen kann daher nur ex post unter Berücksichtigung aller Umstände ermittelt werden. Eine ex ante-Beurteilung aus der jeweiligen Situation würde eine spätere Entwicklung der Dinge außer acht lassen und daher nicht zu dem für den Lebensschutz notwendigen Urteil kommen, ob die ärztliche Maßnahme zur Lebenserhaltung tatsächlich erforderlich war. [1)]

Im Rahmen von § 330 c StGB wird hiergegen vorgebracht, es sei gerade die Zielsetzung dieser Vorschrift, eine Nothilfesituation aus der konkreten Lage ohne Berücksichtigung der späteren Entwicklung zu erfassen, was nur durch eine ex ante-Beurteilung möglich sei. [2)] Dieser Gedanke trifft zu. Er gewinnt aber nicht bei dem Begriff der Erforderlichkeit, sondern bei dem der Zumutbarkeit an Bedeutung. Erst wenn die tatsächliche Erforderlichkeit durch ex post-Ermittlung feststeht, wird die Nothilfepflicht inhaltlich nach der konkreten Situation zur Zeit der Hilfeleistung über das Regulativ der Zumutbarkeit bestimmt. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 330 c, Rdn.2, 2a

2) KREUZER, S.107 ff. m.w.Nw.; im Ergebnis ebenso BGHSt 14, 213(216); 17,166(169)

von § 330 c StGB, der nur von einer "den Umständen nach" zumutbaren Hilfeleistung spricht.

Hat sich gezeigt, daß die Erforderlichkeit ärztlicher Maßnahmen zur Lebenserhaltung objektiv und ex post zu beurteilen ist, so soll gleichwohl auf gewisse Einschränkungen hingewiesen werden. Angesichts des begrenzten menschlichen Erkenntnisvermögens kann auch eine nachträgliche Beurteilung nur angenähert objektiv beantworten, ob eine Hilfehandlung des Arztes zur Lebensrettung des Patienten erforderlich war. [1] Hier sind im wesentlichen Umstände von Bedeutung, die einer exakt objektiven Beurteilung nicht zugänglich sind, wie z.B. die Prognose des Grundleidens, der subjektive und objektive Zustand des Patienten, das Ausmaß und die Dauer der Wirksamkeit der in Frage gestellten Behandlungsmethoden und etwaige negative Nebenwirkungen. [2]

III. Zumutbarkeit ärztlichen Handelns

Die in praxi wichtigste Begrenzung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung ist der Maßstab der Zumutbarkeit, der sowohl bei den unechten Unterlassungsdelikten als auch bei § 330 c StGB diese Funktion hat. Ohne auf seinen systematischen Standort im tatbestandlichen Unrechtsbereich der Delikte einzugehen [3], was hier zu weit führen würde, ist es offensichtlich, daß er eine umfassende Wertung voraussetzt [4].

Die mannigfachen Umstände, welche hier zu berücksichtigen sind, lassen sich nicht in eine abstrakte Rangordnung bringen. Stehen zwei Rechtsgüter eines Patienten oder das Leben zweier Patienten zur Abwägung - z.B. wenn der Arzt vor die Situation gestellt ist, daß er lebenserhaltende Maßnahmen nur bei einem

---

1) KREUZER, S.106

2) KAUTZKY, Hochland 53 (1960/61), 303(309)

3) vgl. dazu KREUZER, S.88 ff. m.w.Nw.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. 94; JESCHECK, S.422 f.

4) BGHSt 2,296(298)

Patienten vornehmen kann, weil die technischen Möglichkeiten nur für diesen Fall gegeben sind [1] -, so kommt es nicht nur auf die Bewertung dieser Güter an, sondern auch auf die Schwere des Schadens, den Wahrscheinlichkeitsgrad des drohenden Schadens und den daraus folgenden Grad der Notwendigkeit und Dringlichkeit ärztlicher Hilfe [2]. Nur in der Gesamtschau aller Gesichtspunkte im konkreten Fall läßt sich daher eine richtige Wertung mit dem Zumutbarkeitsprinzip vollziehen.

Daraus ergibt sich auch, daß die Zumutbarkeit und damit die Grenze der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung nicht generell aus einer Inhaltsbestimmung des Lebensbegriffs erfolgen darf, indem man etwa die Zumutbarkeit schon dann verneint, wenn die geistigen Funktionen des Menschen vom Patienten mit Sicherheit nicht mehr erfüllt werden können.[3] Auch eine Entscheidung nach dem Lebenswert des Lebens erübrigt sich, zumal das Gesetz die mit diesen Lösungen verbundene Einengung des Lebensbegriffs verbietet und lediglich vom biologischen Leben ausgeht.[4]

Wenn auch eine allgemeinverbindliche Lösung im Rahmen der Zumutbarkeit unmöglich ist, so sollten gleichwohl weitestgehend objektive Kriterien entwickelt werden, welche das Problem der Zumutbarkeit durchsichtiger erscheinen lassen.

---

1) WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 87(91)

2) KAUTZKY, Hochland 53 (1960/61), 303(307,309); KREUZER, S.96

3) zutreffend WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 87 (89 f.)

4) WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 87(90)

Dabei erscheint es zweckmäßig, die Wertung nach dem konkreten Mittel, dem verfolgten Zweck und den jeweiligen Begleitumständen zu differenzieren, um ein umfassendes Urteil zu erhalten.

Das Mittel, das hier in Frage steht, ist ein Verzicht auf ärztliche Maßnahmen und als solches für sich genommen wie jedes Unterlassen indifferent. Erst durch die Zusammenfassung mit den vorliegenden Zwecken und Begleitumständen kann daher ein Werturteil gefällt und die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit ärztlichen Handelns begründet werden. Das Ausmaß dieser Momente wird ohne weiteres klar, wenn man z.B. dem Verzicht auf ärztliche Hilfe bei einem unheilbar Krebskranken, den bei einem verblutenden, sonst aber gesunden Menschen gegenüberstellt und voraussetzt, daß beide Patienten nicht mehr in der Lage sind, ihren Willen zu äußern. Es handelt sich dabei um zwei Extreme, bei denen die Wertungen Unzumutbarkeit ärztlichen Eingreifens im ersten und Zumutbarkeit im zweiten Fall nicht schwer fallen. Man sollte sich aber vergegenwärtigen, daß diese Grenzziehung praktisch selten in der angedeuteten einfachen Form möglich ist. Es ist nicht einmal möglich, von einer exakten Grenze zu sprechen, sondern allenfalls von einem "Gefälle". [1)]

Wie schon die beiden extremen Beispiele zeigen, hat der vom Arzt verfolgte Zweck immer dem Interesse des Patienten zu entsprechen. Das Eingreifen des Arztes muß grundsätzlich von dem Wunsch bestimmt sein, die Lage des Patienten sinnvoll unter Berücksichtigung aller (also nicht nur der biologischen) Gegebenheiten zu bessern. [2)] Eine ausschließlich soziale Indikation ist daher ebensowenig möglich, wie finanzielle Gesichtspunkte maßgeblich sein dürfen. Hingegen kann

---

1) KAUTZKY, Hochland 53 (1960/61), 303(307)

2) KAUTZKY, Hochland 53 (1960/61), 303(307); WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 87(90f.)

es "Nebenziele" geben, die mitberücksichtigt werden dürfen und sollen. So kann die Verlängerung eines durch Schmerz oder andere Beschwerden belasteten Lebens dazu dienen, dem Patienten die Möglichkeit zu noch erfüllbaren Aufgaben zu geben oder ihm die Sicherheit zu vermitteln, daß "alles" versucht wurde, auch wenn die eingeschlagene Behandlung nicht mehr sinnvoll ist. [1] Neben diesen "patientenbezogenen" Zwecken ist dem Arzt nur in einem Ausnahmefall eine andere Motivation gestattet, und zwar in der Situation, in der ihm lebenserhaltende Maßnahmen nur für einen Patienten technisch möglich sind und er daher bei anderen Patienten auf weitere Maßnahmen verzichten muß. [2] Hier ist der Arzt gehalten, auch die Wahrung der Interessen anderer Patienten in seine Motivation aufzunehmen, die insoweit die Zumutbarkeit ärztlichen Handelns ebenfalls einschränken können.

Neben den vom Arzt verfolgten Zwecken beeinflussen die jeweiligen Begleitumstände des konkreten Falles die hier vorzunehmende Wertung entscheidend. Sie ermöglichen es, abwägend das Leiden des Patienten dem Hinausschieben des Todes gegenüberzustellen und geben damit eine Antwort, ob die legitime Motivation des Arztes verwirklicht werden kann und ein Eingreifen zumutbar ist. Zu ihnen zählen zunächst der Grad der Erforderlichkeit ärztlicher Hilfeleistung. [3] Die Gesichtspunkte, welche die objektive Erforderlichkeit ärztlichen Handelns begründen, wie z.B. der subjektive und objektive Zustand des Patienten oder die Prognose seines

---

1) KAUTZKY, Hochland 53 (1960/61) 303(308)

2) WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 87(91)

3) KAUTZKY, Hochland 53 (1960/61) 303(309); WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 87(91)

Grundleidens, sind folglich bei der hier anstehenden Wertung ebenfalls zu berücksichtigen, wenn auch gradmäßig abgestuft, um der "Gefälle"-Situation gerecht zu werden. Außerdem ist die Frage entscheidend, ob die augenblicklich bedrohliche Situation Folge eines prinzipiell unheilbaren Grundleidens oder eines davon unabhängigen Ereignisses ist. Dazu ist die Größe des in Aussicht genommenen Eingriffs, gemessen an den anderen Faktoren, bei der Wertung ebenso zu beachten wie die soziale Situation. [1] Schließlich sind Erklärungen des Patienten bei einer Abwägung einzubeziehen, sofern ihnen im Arzt-Patienten-Verhältnis überhaupt eine Wirkung beigemessen wird.

Die Bedeutung einer privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung zeigt sich hier in ihrem vollen Ausmaß. Sollte sie möglich sein, so vermag der geäußerte Wille des Patienten als einer von mehreren Wertgesichtspunkten die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit ärztlichen Eingreifens zu begründen und somit auch die Pflicht des Arztes zur Lebenserhaltung zu begrenzen.

Konnten mit Hilfe der genannten Kriterien Abwägungsmaßstäbe gefunden werden, welche die Begrenzung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung verdeutlichen, so bleibt dennoch ein erheblicher Wertungspielraum offen, der eine generelle Grenzziehung verhindert. Innerhalb dieses Wertungsspielraums ist es möglich, daß die an Mittel, Zweck und Begleitumständen der konkreten Situation orientierten Sollensvorstellungen kollidieren oder daß solche Gebote im Einzelfall überhaupt fehlen. Abschließend sei daher schon hier das Problem angedeutet, ob der Arzt in solchen Situationen in freier und nicht mehr überprüfbarer Verantwortung, gleichsam im rechtsfreien Raum über seine Verpflichtung zu befinden hat [2] oder ob sein Handeln weiterhin judikabel bleibt. Darauf einzugehen erübrigt sich an dieser Stelle. Die im Rahmen der Zumut-

1) vgl. Fußnote 3, S.64

2) vgl. unten S.176 ff.

barkeit erforderliche Wertung setzt nämlich vorrangig voraus, daß Erklärungen des Patienten zu berücksichtigen sind, sofern eine privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung prinzipiell möglich und wirksam ist, was im Folgenden zu erörtern sein wird. Dabei wird sich zeigen, daß die Wirksamkeit des Patientenwillens in § 138 BGB ihre Grenze an ethischen Normen findet, bei deren Kollision bzw. Fehlen ebenfalls die Eigenverantwortlichkeit des Arztes in Frage steht, die dort auch für die Zumutbarkeit ärztlichen Handelns erörtert werden soll. [1)]

IV. Zusammenfassung

Will man die Grenzen der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung in einer rechtlichen Formel bestimmen, so kommen die Möglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit ärztlicher Pflichterfüllung in Betracht, die generell jede Pflicht zum Handeln bei unechten und echten Unterlassungsdelikten begrenzen. Zu beachten bleibt, daß das tatsächliche Erfordernis lebenserhaltender Maßnahmen ex post aus der Sicht eines objektiven, mit den Umständen des Einzelfalles vertrauten Beobachters zu bestimmen ist. Die Frage nach der Zumutbarkeit ärztlichen Eingreifens beinhaltet eine umfassende Wertung unter Berücksichtigung aller bedeutsamen Gesichtspunkte. Dabei ist nach dem in sich indifferenten Mittel eines Verzichts auf lebenserhaltende Maßnahmen sowie dem in der konkreten Situation verfolgten Zweck und den ersichtlichen Begleitumständen zu differenzieren und zu werten.

---

1) vgl. unten S. 185 ff.

D. Gestaltungsfähige Maßnahmen des Arztes an der Grenze zwischen Leben und Tod

Die Rechtspflicht des Arztes zur Erhaltung erlöschenden Lebens bedeutet, daß der Arzt an der Grenze zwischen Leben und Tod bestimmte Maßnahmen vornehmen muß, auf manche aber auch verzichten darf. Um Möglichkeit und Grenzen einer privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung zu untersuchen, ist es daher erforderlich, diese Maßnahmen genauer zu bestimmen, indem man sie nach gemeinsamen Eigenschaften kategorisiert. Dabei sollte man sich darüber klar sein, daß sich die Thematik nur auf die Pflicht zur Erhaltung e r l ö s c h e n d e n Lebens erstreckt. Bei den hier zu sammelnden Fällen handelt es sich also um unheilbar Kranke im medizinischen Sinn, d.h. um Menschen, deren körperliche Funktionen nicht mehr in normaler Weise ausgeübt werden und demnächst unrettbar ganz aussetzen.

Unter den ärztlichen Maßnahmen können zunächst jene Maßnahmen zusammengefaßt werden, die eine Lebensverkürzung bewirken. Es sollten aber nur solche Fälle erörtert werden, die zu dem Problemkreis der Sterbehilfe bzw. Euthanasie zählen, d.h. alle Maßnahmen, die einem Todgeweihten das Sterben erleichtern sollen, sofern die Todesursache schon definitiv gesetzt ist. [1] Diese Begriffsbildung entspricht dem Wort Euthanasie, das sich aus den Bestandteilen "Eu" (gut, angenehm) und "Thanatos" (der Tod) zusammensetzt. Eine Einschränkung durch zusätzlich geforderte physische Schmerzen und Qualen [2] ist meines Erachtens nicht erforderlich, da bei tief bewußtlosen Todgeweihten nicht mehr von Schmerzen gesprochen werden kann. Bei einer Abgrenzung der Sterbehilfe zu der übrigen Lebensverkürzung scheiden daher alle Fälle aus, bei denen nicht das Interesse des Kranken am Ende sei-

---

1) vgl. BUSCHENDORF in "Die Euthanasie" S.43 ff. m.w.Nw.

2) HAMMANN, S.13 ff. Seine weiteren Einschränkungen auf ausschließlich ärztliches Handeln, das vom Willen des Patienten getragen sein muß, kann hier infolge der Thematik dahingestellt bleiben.

nes Leidens ausschließlicher Beweggrund ist. Andere Motive sind im Rahmen der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung ohnehin unter keinem denkbaren Gesichtspunkt diskutabel. So bleibt vor allem die Vernichtung lebensunwerten Lebens außerhalb der Betrachtung, ebenso wie der Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen aus rassischen, religiösen und politischen Motiven.

Unterteilt man die Erscheinungsformen der Sterbehilfe, wie generell üblich, im Anschluß an die von ENGISCH durchgeführte Unterscheidung in die aktive Sterbehilfe ohne Lebensverkürzung, die aktive Hilfe beim bzw. zum Sterben sowie die Sterbehilfe durch Unterlassen [1], so bleibt schon nach der Begriffsbestimmung auch die ärztliche Sterbehilfe ohne Lebensverkürzung (ausschließliche Schmerzbeseitigung bzw. -linderung) außerhalb der Untersuchung. Mithin ist unter den lebensverkürzenden ärztlichen Maßnahmen nur zu differenzieren zwischen der Sterbehilfe durch Begehen und einer solchen durch Unterlassen.

Wird eine aktive Sterbehilfe mit lebensverkürzender Wirkung vereinbart, so beschränkt sich diese auf die Hilfe beim Sterben und die Hilfe zum Sterben. Dabei versteht man unter der Hilfe beim Sterben diejenigen Maßnahmen, mit denen der Arzt bei einem Todkranken durch schmerzlindernde Maßnahmen zwar das Leiden und Sterben des Patienten erleichtert, zugleich aber auch als ungewollte aber in Kauf genommene Nebenwirkung eine geringe Lebensverkürzung bewirkt. Erforderlich sind

---

1) ENGISCH, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, S.4 ff.; HAMMANN, S.17 ff.; ähnlich auch BUSCHENDORF in "Die Euthanasie", S.43(53 ff.) und EHRHARDT, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, S.5 ff. (ebenso in "Arzt und Recht", S.96 ff.); GOETZELER, Schweiz.Z.f.Str.R. 65 (1950),403 (403f.). a.A. MAURACH, BT. S.14.

unverkennbare Anzeichen eines baldigen Todes, obschon der Todeskampf noch nicht unbedingt begonnen zu haben braucht. Die Hilfe zum Sterben umfaßt dagegen alle ärztlichen Maßnahmen, die bei einem unheilbaren und unrettbaren Kranken, dessen genauer Todeszeitpunkt noch völlig ungewiß ist, den Tod möglichst schnell herbeiführen und als solche gewollt sind, um die Leiden des Patienten zu beenden.

Die Sterbehilfe durch Unterlassen des Arztes soll in zwei Haupterscheinungsformen getrennt werden. Bleibt der Arzt untätig, da ein Umschwung nicht zu erreichen ist und ein Eingreifen nur die Verlängerung des Leidens bedeuten würde, so handelt es sich um eine Unterlassung lebens- und leidensverlängernder Maßnahmen. Hingegen soll als Unterlassen lebensrettender Maßnahmen das Nichteingreifen des Arztes in solchen Fällen bezeichnet werden, in denen eine Rettung wohl möglich gewesen wäre, wenn auch bei körperlichem oder geistigem Siechtum. [1)]

Gegenüber den hier relevanten Erscheinungsformen der Sterbehilfe können schließlich noch alle Maßnahmen zusammengefaßt werden, die eine Verlängerung des erlöschenden Lebens bezwecken. Da es heute infolge der Fortschritte der Medizin fast immer möglich ist, das Leben eines Sterbenden zumindest um Stunden zu verlängern, gewinnen solche Handlungen an Bedeutung, die die "künstliche" Verlängerung im Sinne einer "Manipulation" des sonst erlöschenden Lebens bedeuten [2)]. Nur sie werfen im Hinblick auf ihren Ausnahmecharakter gegenüber den herkömmlichen Methoden zur Lebenserhaltung Zweifelsfragen auf, so daß sich die weiteren Aus-

---

1) HAMMANN, S.107 insoweit in Ergänzung der Unterteilung von ENGISCH

2) vgl. ACKERMANN, FAZ v. 10.6.1969, S.12; KAUTZKY, Umschau 1968, S.193

führungen, was die Lebensverlängerung anbelangt, auf sie beschränken können.

Bei dieser Unterscheidung sollte man sich jedoch darüber klar sein, daß nicht alle denkbaren Fälle des Lebens erfaßt und im einzelnen typisiert werden können. Eine Betrachtung von dem hier vorgegebenen einheitlichen Gesichtspunkt geht immer auf Kosten der Einzelbetrachtung. [1] Außerdem soll nicht verkannt werden, daß es sich um eine weitgehend theoretische Konstruktion handelt. Ob ein Medikament zu einer Lebensverkürzung des Sterbenden geführt hat oder nicht, mag ebenso schwer festgestellt werden können wie die Erwünschtheit der Nachfolge oder der leidensverlängernde bzw. lebensrettende Charakter der unterlassenen Maßnahme. Die Beweisschwierigkeiten sind bei der rechtlichen Betrachtungsweise der ärztlichen Handlungen indessen nicht zu umgehen und müssen in Kauf genommen werden.

E. Ergebnis

Die folgenden Ausführungen zur Frage der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Erhaltung erlöschenden Lebens können mithin zugrundelegen, daß jene Pflicht für den Arzt wie für jeden anderen ihren Geltungsgrund in den Garantenstellungen im Rahmen unechter Unterlassungsdelikte, sowie in § 330 c hat. Sie findet demnach ihre Begrenzung auch in den Kriterien, die generell eine Pflicht zum Handeln einschränken, nämlich der Möglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit des Handelns. Erklärungen des Patienten, welche die ärztliche Pflicht inhaltlich bestimmen wollen, richten sich in der jeweiligen Situation auf konkretes

---

1) HAMMANN, S.17

Verhalten. Bei dessen Schematisierung ist für die vorliegende Untersuchung zu unterscheiden zwischen Maßnahmen zur künstlichen Lebensverlängerung und lebensverkürzenden Maßnahmen im Sinne einer Sterbehilfe des Arztes. Bei der Sterbehilfe läßt sich erneut differenzieren, indem man die Sterbehilfe durch Begehen, die unterteilt wird in die Hilfe beim und die Hilfe zum Sterben, von der Sterbehilfe durch Unterlassen lebens- und leidensverlängernder bzw. lebensrettender Maßnahmen trennt. Unter "Leben" ist dabei der körperliche Zustand bis zum Eintritt des Hirntodes zu verstehen.

2. Teil

Möglichkeiten der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung

Die Frage nach der Möglichkeit, die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung im Rahmen des geltenden Rechts privatautonom zu gestalten, stellt sich in zweifacher Hinsicht. Zum einen dahingehend, ob eine privatautonome Gestaltung überhaupt möglich ist (vgl. A, B), zum anderen, wie eine solche im einzelnen erfolgt (vgl. C). Mag der erstgenannte Aspekt - zumindest was das Ergebnis anbelangt - unproblematischer sein als der zweite, so ist er dennoch als logische Voraussetzung Grundlage weiterer Erörterungen.

A. Die prinzipielle Entscheidung unserer Rechtsordnung für eine privatautonome Gestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses

I. Potentielle Selbstbestimmung als Wesensmerkmal des Menschen

Das Bonner Grundgesetz stellt an seinen Anfang in Art.1 die Aussage, daß dem Menschen unantastbare Würde innewohne, und proklamiert damit eine Wertgrundlage, die unsere gesamte Rechtsordnung und damit insbesondere das Arzt-Patienten-Verhältnis bestimmt. Einer juristischen Definition bedarf der Begriff der Würde des Menschen nicht mehr. Er besagt, daß der Mensch in seinem Wesen potentiell darauf angelegt ist, sich selbst frei zu bestimmen, zu gestalten und in der Umwelt auszuwirken [1]. Diese Sphäre freier Selbstbestimmung wird durch Art. 1 GG jedem Menschen zugeischert, unabhängig von der Situation, in der er sich jeweils befindet.

---

1) DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, Art.1,I Rdn.17 ff.; von HIPPEL, S.79; NIPPERDEY, Grundrechte, S.1 ff.; WINTRICH, S.15

Sieht man dagegen die Würde des Menschen nur in der Fähigkeit zum geistig-seelischen Werterlebnis [1], so berücksichtigt man nicht genug, daß diese nur Aussagekraft hat, wenn zusätzlich die potentielle Fähigkeit gegeben ist, zwischen den erlebten Werten frei und selbstverantwortlich zu entscheiden [2].

II. Die Privatautonomie als Teil des Rechts auf Selbstbestimmung

Das in Art.1,I GG anerkannte allgemeine Prinzip der Selbstbestimmung des Menschen beinhaltet und rechtfertigt die Privatautonomie als das "Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen" [3]. Legt man diese Definition zu Grunde, was vorläufig ohne eigene Stellungnahme geschehen soll, so wird dem einzelnen und damit auch dem Patienten in seinem Verhältnis zum Arzt die Möglichkeit gewährleistet, durch Willensäußerungen Rechtsfolgen herbeizuführen oder zu verhindern [4].

Diese Autonomie entstammt nicht der Machtvollkommenheit des einzelnen. Sie gewährleistet folglich kein apriorisches Freiheitsrecht [5], sondern beruht auf staatlicher Delegation durch die Rechtsordnung [6]. Denn durch das Prinzip der

---

1) von MANGOLDT-KLEIN, S.150

2) Außerdem würde bei diesem Ausgangspunkt das monstrum und der nasciturus nicht erfaßt, vgl. WINTRICH, S.15

3) FLUME, Das Rechtsgeschäft, S.1; vgl. auch OFTINGER, in "Die Freiheit des Bürgers im Schweiz.Recht", S.315 (322 f.)

4) BYDLINSKI, S.117

5) WELZEL, SJZ 1947,4o9(4o9)

6) BURCKHARDT, S.18 f.; FLUME, Das Rechtsgeschäft, S.17; v.HIPPEL, S.86 ff.; OFTINGER, in "Die Freiheit des Bürgers im Schweiz. Recht", S.315(322)

Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse soll keine Sicherstellung gegen bestimmte Arten von Störungen durch Dritte, insbesondere durch den Staatsapparat bezweckt werden, was letztlich ein Freiheitsrecht ausmachen würde [1].
Vielmehr handelt es sich um einen Ermächtigungssatz, der logisch nur von einer Rechtsordnung im Rahmen deren Zweckbestimmung erlassen werden kann, - ähnlich wie auch auf dem Gebiet der Staatsorgane den Selbstverwaltungskörperschaften Autonomie verliehen wird [2].

Mit der Grundentscheidung für die Selbstbestimmung hat sich unsere Rechtsordnung auch für eine Anerkennung der Privatautonomie entschieden. Ob diese letztlich auf Art. 1,I GG oder auf Art. 2,I GG beruht, mag dahingestellt bleiben [3]. Daß das Grundgesetz kein besonderes Grundrecht auf Privatautonomie oder Vertragsfreiheit wie die Weimarer Verfassung in Art. 152,I aufgenommen hat, bleibt ohne Bedeutung. Denn eine solche Bestimmung wäre nur eine deklaratorische Wiederholung des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung für den rechtsgeschäftlichen Bereich gewesen.

III. Die Reichweite der Privatautonomie

Unter der Privatautonomie wurde bislang das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen verstanden. Es ist indessen nicht unbestritten, ob die Privatautonomie die in dieser Definition

---

1) MAX WEBER, S.412/413. Er unterscheidet zwischen gebietenden und erlaubenden Rechtssätzen, wobei er letztere noch einmal in Freiheitsrechte und Ermächtigungssätze unterteilt.

2) OFTINGER, Schweizerische JZ, 1941,225(225 f.)

3) Letztlich sind beide Vorschriften heranzuziehen; denn Art. 1,I GG schützt den Menschen in seinem Wesen, während Art. 2,I GG die Dynamik des einzelnen gewährleistet.
Vgl.: NIPPERDEY, Grundrechte, S.15; umfassend hierzu LAUFKE, in Festschrift H.Lehmann I, S.145 ff.

zum Ausdruck kommende Reichweite aufweist.

Die Rechtsprechung [1], unterstützt von einem Teil des Schrifttums [2], dehnt den Begriff der Privatautonomie weiter aus. Privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen liege schon dann vor, wenn dem einzelnen nur die Möglichkeit gegeben sei, sein Verhalten mit Rücksicht auf die bindenden Folgen einzurichten, auch wenn ein entsprechender Wille nicht mehr vorhanden sei. Danach gilt die Selbstgestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung unabhängig von der Form, in der sie erfolgen mag, als privatautonom. Sie zählt noch nicht einmal zu den bei diesem Begriff auftauchenden Grenzfällen privatautonomen Verhaltens, in denen das pflichtenbegründende Willensmoment fehlt. [3] Denn es ist schwerlich vorstellbar, daß die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung, in welcher Form sie auch immer erfolgen mag, ohne ein pflichtenbestimmendes Willensmoment erfolgt. Gleichwohl ist jener weitreichende Begriff der Privatautonomie abzulehnen. Er durchbricht zum einen die Dogmatik des BGB, indem er von der Ausschließlichkeit des Vertragsschlusses durch Willenserklärung abweicht [4]. Zum anderen berücksichtigt er nicht genügend die Tatsache, daß es sich bei der Willenserklärung um einen Sozialakt handelt, er es gestattet, das sozialtypische Verhalten im Bereich der Daseinsvorsorge als Willenserklärung zu erfassen. Schließlich ermöglicht er nur schwer

---

1) BGHZ 21,318(333 ff.); 23,175(178) für den Bereich der faktischen Vertragsverhältnisse; BGHZ 12,286(3o8); 23, 249(258) bzgl. der Hofübergabefälle, bei denen eine Bindung trotz Formerfordernis dort angenommen wurde, wo nach den tatsächlichen Verhältnissen der als Übernehmer in Betracht kommende auf die zukünftige Hofübergabe vertrauen konnte und sich entsprechend eingerichtet hat.

2) LARENZ, SchR I, S.35; PALANDT-DANCKELMANN, Vor § 116 Anm. 1; RAISER, Festschrift DJT I,1o1(123 ff.); SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, Vor § 116, Rdn. 7

3) vgl. oben Anm. I

4) vgl. ERMAN-WESTERMANN, Einl. § 1o4, Anm.2

eine exakte Grenzziehung zwischen privatautonomem und außergeschäftlichem Schuldrecht [1].

COING [2] faßt den Bereich der Privatautonomie hingegen enger. Er ist der Ansicht, daß nur dort von Selbstbestimmung gesprochen werden kann, wo Handlungswille, Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille vorliegen und in einer Erklärungshandlung zum Ausdruck kommen. Schon wenn es an einer ausdrücklichen Erklärung fehle, liege nur ein schlüssiges Verhalten vor, das keine Willenserklärung mehr sei, sondern nur noch als solche vom Gesetz bewertet werde. Bei den Rechtsbeziehungen zwischen dem Arzt und dem Patienten handelt es sich danach fast ausschließlich um Schuldverhältnisse, die vom Gesetz entsprechend bewertet werden, nicht aber um Schuldverhältnisse kraft der Selbstbestimmung der Parteien. Auch wenn es am Geschäftswillen fehlt, will COING kein Vertragsverhältnis begründet wissen, sondern nur eine Vertrauenshaftung kraft schlüssigen Verhaltens gem. §§ 157, 242 BGB [3].

Eine derartige Beschränkung des Bereichs der Privatautonomie ist zu formalistisch. Daß Selbstbestimmung nicht immer dort vorliegt, wo eine Erklärungshandlung abgegeben wird, sondern auch in einem konkludenten Verhalten gesehen werden kann, bedarf zur Begründung nicht erst einer gesetzlichen Wertung. Denn die Verkehrssprache unter Rechtsgenossen als prinzipielle Zulassungsvoraussetzung einer Privatautonomie besteht nicht nur aus der Sprache in mündlicher oder schriftlicher Form, sondern auch aus solchen Zeichen, die eine sichere und eindeutige Zuleitung der in Frage stehenden Gedankeninhalte gewährleisten [4].

Unabdingbare Zulassungsvoraussetzung für eine Privatautonomie

1) vgl. BYDLINSKI, S.116 f.

2) in v.STAUDINGER, Einl. § 1o4, Rdn. 2d; Vorbem. 1 ff. zu § 116

3) v.STAUDINGER-COING, Vorbem. 3 f. zu § 116

4) v.HIPPEL, S.72; 159 ff., insbes. S.166

ist ebenso der Bestand einer Sozialordnung, welche bestimmt, wie die privater Selbstbestimmung zugänglichen konkreten Lebensverhältnisse von Rechts wegen geordnet sein sollen [1]. Insoweit lassen §§ 119 ff. eine Willenserklärung mangels Erkennbarkeit des Willens des Erklärenden auch dann gültig sein, wenn der Geschäftswille fehlt. Es handelt sich hier nicht um eine gesetzliche Bewertung eines Verhaltens als Willenserklärung, sondern unsere Sozialordnung besagt, daß nur unter dieser Voraussetzung eine Selbstbestimmung möglich ist [2]. Die gesetzliche Wertung kommt vielmehr erst bei einer eingetretenen Verkehrsstörung zur Geltung, wenn ein Interessenausgleich herbeigeführt werden soll (vgl. §§ 119 I, 122 BGB).

Es erscheint daher gerechtfertigt, den schon ursprünglich verwandten Begriff zugrundezulegen, der die Privatautonomie als Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen auffaßt [3].

IV. Besonderheiten bei der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung

Das Recht des Patienten, darüber zu bestimmen, ob und wie er medizinisch behandelt werden will, ist grundgesetzlich in Art.2,II S.1 GG geschützt [4]. Dennoch sind insbesondere von ärztlicher Seite Einwände zu hören, die infolge der Besonderheit dieser Beziehung die Selbstverantwortlichkeit des Patienten eingeschränkt wissen möchten.

---

1) v.HIPPEL, S.129 ff.

2) im Ergebnis ebenso FLUME, Das Rechtsgeschäft, S.115, Anm. 7; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, Vorbem.6 zu § 116

3) FLUME, S.1

4) DÜRIG in Maunz-Dürig Rdn. 32 ff. zu Art.2 II; EBERHARDT, S.165; vgl. LAUFS, NJW 69,529(530); REITELMANN, S.5 f.; EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn. 30 ff.

1) So wird nicht selten hervorgehoben, daß der Kranke nichts von medizinischen Dingen verstehe [1]. Sein Unwissen mache jede Aufklärung überflüssig und ermögliche daher auch keine freie Willensentscheidung. Dieser Einwand kann nicht anerkannt werden. So wie bei einem Nichtjuristen hinsichtlich der Beurteilung von Recht und Unrecht eine Parallelwertung in der Laiensphäre ausreicht, so ist auch eine selbstverantwortliche Entscheidung des Patienten nicht von einem erfolgreichen Studium der Medizin abhängig [2]. Es genügt vielmehr, wenn der Patient im Wege der Aufklärung einen seinem Bildungsstand angemessenen Überblick über seinen Zustand sowie die Aussichten und Risiken der Behandlung erhält. Falls dennoch vom ärztlichen Standpunkt aus die Entscheidung des Patienten unverständlich erscheint, so können es immerhin achtenswerte Gründe sein, die zu diesem Entschluß geführt haben. Die Vernünftigkeit und Heilsamkeit einer ärztlichen Maßnahme ist keine hinreichende Rechtfertigung für sie, da eine "Vernunfthoheit" des Arztes über den Patienten nicht anerkannt ist [3].

2) Weiter ist das Argument der Ärzte zu berücksichtigen, der Kranke sei durch den Einfluß des Leidens regelmäßig derart in seiner Urteilsfähigkeit getrübt, daß ihm eine freie

---

1) So u.a. ROEMER, S.6; 13

2) EBERHARDT, S.17o/171 verweist zutreffend auf die Parallele im politischen Bereich. Auch hier sind Wahlentscheidungen eines intellektuell Unbemittelten zulässig, ja sogar Voraussetzung für eine demokratische Staatsform. ARTHUR KAUFMANN, JR 63,158(158); REITELMANN, S.60; SCHWALM, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, S.27

3) BELING, ZStW 44 (1924),22o(239); ähnlich auch RGSt 25, 375(378); ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73 (1961), 341(366) m.w.Nw.

Entscheidung nicht mehr zugetraut werden könne [1]. Wenn auch eine Beeinflussung des Patienten in seiner Entscheidungsfähigkeit durch das Leiden nicht geleugnet werden kann, so handelt es sich bei diesem Einwand um eine unzulässige Verallgemeinerung. Denn bei vielen Krankheiten wie etwa Knochenbrüchen oder Allergien dürfte eine solche Einschränkung der Beurteilungsfähigkeit nicht zu beobachten sein. Darüber hinaus rechtfertigt er keinesfalls, die privatautonome Gestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses durch den Patienten auszuschließen. Das BGB hat in den §§ 1o4 ff. die Fälle aufgezählt, die eine freie Willensbestimmung ausschließen. Ausnahmetatbestände, welche die in §§ 1o4 ff. BGB gesetzte Grenze herabsetzen, soweit die Einsichtsfähigkeit vorhanden ist [2], dienen nur der Erweiterung der Selbstbestimmung in Fällen, die von der ratio legis der §§ 1o4 ff. nicht erfaßt werden. Dagegen ist eine Einschränkung der Selbstbestimmung über die §§ 1o4 ff. hinaus nach unserem Recht nicht möglich. Dies erscheint auch nicht notwendig, da der Arzt an den Willen eines Patienten nur gebunden ist, wenn dessen Freiheit oder Willensbildung nicht durch physische oder psychische Beeinflussung gänzlich aufgehoben oder erheblich herabgemindert ist [3].

3) Schließlich wird von STEINDORFF angeführt, das Arzt-Patienten-Verhältnis sei dadurch gekennzeichnet, daß der Patient als Kranker per definition schwach ist. Es sei daher notwendig, daß der Arzt für den kranken Menschen entscheide

---

1) vgl. KÖNIG, S.2o f.; von PEIN, KHA, 196o,169(174); RUFFIN, Med.Klin. 1955,2o4(2o4)

2) Z.B. bei der Einwilligung in eine ärztliche Maßnahme. Vgl. ENGISCH, ZStW 58 (1939), S.1 ff.(39 ff.); GEILEN, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S.86 ff.; EB.SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S.1o8 ff.

3) EBERHARDT, S.171 f.; ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73(1961), 341(366). Der Grund für einen Ausschluß der Selbstbestimmung liegt in § 1o5 II BGB bzw. in der fehlenden Einsichtsfähigkeit.

und Verantwortung übernehme, solange dieser sich nicht durch Fragen an den Arzt eine eigene Entscheidung ermögliche. Dies folge aus dem Gedanken der Fürsorge, der sittliches Handeln auch dort gebiete, wo der Mensch zu schwach sei, von seiner Freiheit und Selbstbestimmung Gebrauch zu machen [1].

Wenn auch damit die grundsätzliche Geltung der Privatautonomie im Arzt-Patienten-Verhältnis nicht ausgeschlossen werden soll [2], so wird dennoch eine entscheidende Einschränkung vorgenommen. Dem Arzt soll Verantwortung in einem Bereich übertragen werden, in welchem stets der individuelle Wille unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat. Dies rechtfertigt sich nicht aus dem Gesichtspunkt, der Kranke sei zu schwach zur Autonomie. Seine Schwäche führt allenfalls dazu, bei Unfähigkeit zur freien Willensbildung die Selbstbestimmung auszuschließen. Ansonsten kann der Patient autonom entscheiden und bedarf keiner Fürsorge. Denn deren Merkmal ist es gerade, daß jemandem etwas ermöglicht wird, was er selbst nicht vermag [3]. Dagegen ist der Arzt durchaus zur Fürsorge verpflichtet , was die Vorbereitung der Selbstbestimmung anbelangt [4]. Hier befindet sich der Patient in einer Position der Schwäche, da er sich selbst die zur Selbstbestimmung nötigen Kenntnisse nicht verschaffen kann und deshalb auf den Arzt angewiesen ist. Jener Bereich der

---

1) STEINDORFF, Hamburger Ärzteblatt, 1961,394(397). Er verweist insoweit auf die Entwicklung des Arbeitsrechts, das ebenfalls von der Fürsorgepflicht beherrscht wird und zu der Verallgemeinerung des Fürsorgegedankens geführt habe.

2) EBERHARDT, S.170, scheint dies anzunehmen, jedoch zu Unrecht, vgl. STEINDORFF, Hamburger Ärzteblatt, 1961,394 (397f.)

3) vgl. EBERHARDT, S.170

4) GEILEN, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 29 ff.

Selbstbestimmungsfürsorge zählt aber nicht zu dem Problemkreis einer Einschränkung der Privatautonomie im Arzt-Patienten-Verhältnis, sondern zu den mit der Aufklärung zusammenhängenden Fragen.

4) Die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung zeigt noch die Besonderheit, daß hier die Gefahr besteht, strafrechtliche Gesichtspunkte der rechtfertigenden Einwilligung bei der Antwort zu berücksichtigen. Im Strafrecht gilt der Grundsatz, daß die Einwilligung (als privatautonome Maßnahme) die Dispositionsbefugnis des Einwilligenden über das Rechtsgut voraussetzt [1]. Infolge der sogenannten "Unveräußerlichkeit" des Lebens [2] liegt es nahe, aus diesem Grund die Möglichkeit der privatautonomen Bestimmung der Lebenserhaltungspflicht zu verneinen, wenn eine Lebensverkürzung verlangt wird. Dieser Zuhilfenahme strafrechtlicher Terminologie kann nicht zugestimmt werden. Mit der Anerkennung der Privatautonomie im Arzt-Patienten-Verhältnis besteht prinzipiell die Möglichkeit des Patienten, die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung privatautonom zu bestimmen. Mag auch im Zivilrecht der Denkvorgang dem strafrechtlichen ähneln, wenn es darum geht, die Gültigkeit einer entsprechenden Willenserklärung des Patienten zu beurteilen, so steht dennoch nicht die Möglichkeit der Selbstbestimmung in Frage, sondern deren von der Rechtsordnung gesetzte Grenzen (§§ 134, 138 BGB).

---

1) MAURACH AT S.284 f., der ausdrücklich die Möglichkeit der Einwilligung bei mangelnder Dispositionsbefugnis ausschließt; ähnlich MEZGER-BLEI AT S.121; JESCHECK, S.249; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem.37 vor § 51, die jedoch nur von der "Wirkungslosigkeit" der Einwilligung sprechen und somit die Möglichkeit der Selbstbestimmung nicht expressis verbis ausschließen. Lediglich BAUMANN, S.312 f. verweist darauf, daß es sich um einen im Ergebnis bedeutungslosen Streit handelt. Er wird nur deswegen angeschnitten, weil hier im Hinblick auf die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung die Möglichkeit einer privatautonomen Gestaltung als auch deren Grenzen in Frage stehen.

2) vgl. MAURACH a.a.O.

V. Zusammenfassung

Die Privatautonomie als das "Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen" gibt mithin auch dem Patienten die Möglichkeit, durch Willensäußerungen gegenüber dem Arzt Rechtsfolgen im Arzt-Patienten-Verhältnis herbeizuführen. Seine Unkenntnis hinsichtlich medizinischer Sachverhalte und seine krankheitsbedingte physische oder psychische Beeinflussung können eigenverantwortliche Entscheidungen ebensowenig schlechthin ausschließen, wie die aus seiner Schwäche begründete Fürsorgepflicht des Arztes.

B. Die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung i.e.

I. Vertrag

Die Anerkennung der prinzipiellen Möglichkeit des Patienten, die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung privatautonom zu gestalten, führt zu der Frage, in welcher Form der Patient sie selbst bestimmen kann. Da der Vertrag die Hauptform privatautonomer Gestaltung ist, liegt es nahe, zunächst ihn als Mittel der Einflußnahme auf die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung zu erörtern. Der Vertragstyp des Arztvertrages hat in diesem Zusammenhang lediglich terminologische Bedeutung, da die Anwendbarkeit von Vorschriften des Dienstvertragsrechts nicht zur Diskussion steht [1]. Hingegen scheint es notwendig, den Unterschied

---

1) Den Charakter eines Dienstvertrages bejahen HEGENER, S.12 ff.; LARENZ, SchR II, S.199; PALANDT-THOMAS, Anm. 2a vor § 611; RABEL, S.75 ff.; v.STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN, Vorbem. 185 vor §§ 611 ff. a.A. OERTMANN, Vorbem. 1b vor § 611

zu den üblichen auf Leistungsaustausch gerichteten Verträgen darzustellen, um der Besonderheit bei der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Lebenserhaltungspflicht gerecht zu werden.

1) Unterschied zu den üblichen, auf Leistungsaustausch gerichteten Verträgen

Die Wesensmerkmale des Arztvertrages liegen vor allem darin, daß eine ärztliche Tätigkeit vereinbart wird, deren Objekt ein Mensch ist. Seine Persönlichkeitsgüter Leben, Körper und Gesundheit sind einerseits Bezugspunkte der ärztlichen Handlungen, andererseits aber - infolge des Rechtsschutzes, den sie in §§ 823 ff. BGB, 211 ff., 223 ff. StGB genießen - dem Arzt wie jedem Dritten gegenüber geschützt.

Diese Besonderheit bedeutet für die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung folgendes: Da die Privatautonomie im Rahmen der noch zu erörternden Grenzen den Beteiligten unbeschränkte Freiheit zur Regelung ihrer Angelegenheit gibt, kann der Patient insoweit auch die Lebenserhaltungspflicht vertraglich regeln.

Zusätzlich bedürfen die dabei erforderlichen Heilmaßnahmen einer Einwilligung des Patienten. Zwar kann dieser in Anbetracht der verschiedenen Auffassungen zum ärztlichen Heileingriff eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen werden [1], ihre prinzipielle Notwendigkeit wird dadurch aber nicht geleugnet. Im Vergleich zum Vertrag handelt es

---

1) So als Rechtfertigung einer Körperverletzung, als Ausübung des Freiheitsrechtes i.S. des § 823 I BGB oder als Ausübung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes. I.e. vgl. unten S.89 Anm.1

sich bei der Einwilligung ungeachtet ihrer Rechtsnatur ebenfalls um eine privatautonome Maßnahme. Denn die willentliche Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen ist für privatautonomes Verhalten kennzeichnend, sei es in der Form einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung oder in der Form einer Gestattung tatsächlicher Handlungen, welche höchstpersönliche Rechtsgüter berühren.

Es wird eingewandt, daß es sich bei der Einwilligung um eine Willensäußerung in der Form einer Rechtshandlung handele, an welche die Rechtsordnung - unabhängig vom Willen - eine bestimmte Rechtswirkung des Zurücktretens der Schutznorm knüpfe [1]. Daraus läßt sich aber nicht der privatautonome Charakter der Einwilligung verneinen. Denn die Zulassung des Heileingriffs erfolgt willentlich als höchstpersönliche Entscheidung über die eigene Person und ist damit willentliche Einflußnahme auf die persönliche Rechtssphäre. Auch wenn erst das Gesetz auf Grund einer bestimmten Wertung daran Rechtsfolgen knüpft, ist der Wertung doch immer die privatautonome Gestaltung vorgegeben.

Hervorzuheben ist, daß Vertrag und Einwilligung infolge ihrer unterschiedlichen Funktion streng voneinander zu trennen sind [2]. Der Behandlungsvertrag begründet positive Pflichten (obwohl diese z.T. nicht zwingend der Begründung durch Vertrag bedürfen), so z.B. die Pflicht zur Vornahme einer Heilmaßnahme oder die Pflicht, besondere Anforderungen an eine Behandlung zu stellen und sie in bestimmte Bahnen zu weisen, was gerade bei der Behandlung eines Todkranken relevant werden kann. Die Einwilligung gestattet dagegen erst die Erfüllung dieser Pflicht, nämlich die

---

1) LENCKNER, ZStW 72 (1960),446 (455)

2) BOCKELMANN, S.55; BUCHER, S.46 f.; EBERHARDT, S.17; GEHRING, S.29 ff.; FISCHER, S.262; ZITELMANN, AcP 99 (1906),1 (49 ff.)

Heilmaßnahme selbst. Dies beachtet meines Erachtens WIETHÖLTER nicht genügend, wenn er im Arztvertrag das ausschließliche Mittel privatautonomer Gestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses sieht, das "Aufklärung und Selbstbestimmung wie alles" zwischen den beiden Parteien regelt [1]. Ihm mag zugegeben werden, daß die Achtung des Selbstbestimmungsrechts über den leidenden Körper als vertragliche Nebenpflicht vereinbart und u.U. besonders gestaltet werden kann. Zur Folge hat dies, daß das Selbstbestimmungsrecht nicht nur aus sich selbst, sondern auch aufgrund des Vertrages gilt, und damit bei Verletzung zusätzliche vertragliche Ersatzansprüche möglich sind. Es handelt sich aber nur um eine zufällige Verknüpfung von zweiseitiger Privatautonomie im Sinne gegenseitiger Bindung und einseitiger Privatautonomie im Sinne der Selbstbestimmung über den eigenen Körper, die infolge der Gestaltungsfreiheit ermöglicht wird [2].

2) Vertragsinhalt

a) Die Behandlung als Vertragsgegenstand

Der Inhalt des Arzt-Vertrages läßt sich, was die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung anbelangt, nicht typisieren, da diese im Rahmen der negativen und positiven Grenzen der Privatautonomie vom Willen des Patienten abhängt. Generell kann nur die Aussage getroffen werden, daß der zwischen Arzt und Patient abgeschlossene Vertrag auf die Behandlung insgesamt als Hauptleistungspflicht gerichtet ist, sofern nicht ein bestimmter, festumrissener Eingriff vom Arzt verlangt wird [3]. Denn es entspricht nicht dem Willen des

1) WIETHÖLTER, S.1o5; ähnlich auch STEINDORFF, JZ 60, 139 ff.(141 f.)

2) GEHRING, S.36

3) BUCHER, S.46 f.; GEHRING, S.34; RABEL, S.6

Patienten, daß über jede einzelne Heilmaßnahme ein gesonderter Vertrag abgeschlossen wird [1]. Darüber hinaus werden, wie in jedem Schuldverhältnis, weitere Verhaltenspflichten begründet, die sich nach Treu und Glauben richten und beide Parteien zu wechselseitiger Rücksichtnahme, Wahrung der berechtigten Belange des anderen etc. verpflichten (z.B. Sorgfaltsgebot, Schweigepflicht u.a.).

b) Konkretisierung des Vertragsinhalts

Die Folge jener allgemeinen Inhaltsbezeichnung "Behandlung" ist, daß der Vertragsinhalt je nach Diagnose und Prognose im Einzelfall näher konkretisiert werden muß. Dies trifft in besonderem Maße für die Ausgestaltung der Lebenserhaltungspflicht zu. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen beim Vertragsabschluß konkrete Abmachungen getroffen werden, ob und wie lange das Leben aufrechterhalten werden soll, da die Behandlung naturgemäß darauf gerichtet ist, den Eintritt jener Grenzfälle der Lebenserhaltung zu vermeiden.

Die Inhaltsbestimmung dieses infolge der Handlungsbreite des Patienten "offenen" Schuldverhältnisses ist rechtstechnisch entweder durch einseitige oder durch zweiseitige Vertragsgestaltung möglich. Dabei richtet sich die einseitige Feststellung der vertraglichen Pflichten, soweit eine solche überhaupt gewollt und möglich ist, faktisch nur nach § 315 BGB, da nur ein Vertragsschließender, nämlich der spezialisierte Arzt, zur einseitigen Bestimmung fähig erscheint. Die Anwendung des § 315 BGB käme insoweit einem praktischen Bedürfnis durchaus entgegen, da dem Arzt dazu ein Ermessensspielraum und damit die oft geforderte Entscheidungsfreiheit zugebilligt würde. Grundsätzliches Erfordernis ist jedoch, daß der Arztvertrag seiner Struktur

---

1) Eine solche Konstruktion versucht z.T. das französische Schrifttum; vgl. die Nachweise bei EBERHARDT, S.17, Anm.54; GEHRING, S.33 f. Anm.24,25

nach oder aufgrund der rechtsgeschäftlichen Ermächtigung einer Partei zur einseitigen Festlegung der vertraglichen Pflichten einer Ausfüllung durch einseitige Vertragsgestaltung bedarf [1].

Strukturell ist der Vertrag zwischen Arzt und Patient infolge seines offenen Charakters darauf angelegt, daß der Arzt die einzelnen Behandlungsmaßnahmen und Eingriffe nur vorschlägt. Daß er sie bindend bestimmen soll, wie etwa der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer den Arbeitserfolg vorschreibt [2], entspricht nicht der Eigentümlichkeit des Arztvertrages. Denn der Patient soll und will über die vorzunehmende Maßnahme grundsätzlich selbst befinden, - allein schon deshalb, weil er auch deren Kosten zu tragen hat. Man mag einwenden, daß diesem Selbstbestimmungsbedürfnis schon durch die Einwilligung genüge getan wird, die auch bei einseitiger Gestaltung der Vertragspflichten durch den Arzt erforderlich sei; indessen wird dann nicht genügend zwischen Vertrag und Einwilligung differenziert, die, wie gezeigt, funktionell eine unterschiedliche Bedeutung haben.

Eine rechtsgeschäftliche Ermächtigung des Arztes zur einseitigen Festlegung liegt entsprechend den allgemeinen Grundsätzen nur vor, wenn sie ausdrücklich erteilt wird oder durch Auslegung des Vertrages nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln ist [3]. Ohne nähere Anhaltspunkte kann daher § 315 BGB nicht zur Konkretisierung des offenen Schuldverhältnisses zwischen Arzt und Patient angewandt werden.

Vielmehr wird in der Regel erst nach Vertragsschluß Einver-

---

1) BRUNS, ZZP 78 (1965), 264(267)

2) Der Arbeitsvertrag gilt in seiner Struktur als typischer Fall des § 315 BGB, vgl. BRUNS, a.a.O., S.268

3) Bezüglich der mit einer Heilmaßnahme zusammenhängenden Pflichten wird eine solche Ermächtigung selten vorgenommen, ist aber durchaus denkbar, häufiger dagegen bei der Bestimmung des Honorars durch den Arzt, vgl. RGZ JW 1930, 1577 f.

nehmen zwischen Arzt und Patient über die für die Therapie erforderlichen Heilmaßnahmen erzielt und damit die Leistungspflicht näher konkretisiert [1]. Daß auch insoweit zwischen der einverständlichen Bestimmung von Vertragspflichten und der hier grundsätzlich gleichzeitig erteilten Einwilligung zu unterscheiden ist, bedarf nach dem oben Gesagten keiner weiteren Begründung.

II. Einwilligung

1) Die Einwilligung als pflichtenbestimmendes Merkmal

Wenn infolge der Eigenart des Arzt-Patienten-Verhältnisses das Erfordernis der Einwilligung hervorgehoben wurde, so ist damit nur indirekt eine Aussage über die Frage getroffen, wie die Einwilligung die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung im einzelnen privatautonom gestaltet. Diesbezüglich bedarf es eines Rückblickes auf die Funktion der Einwilligung. Sie besteht darin, daß dem Arzt erst durch die Einwilligung ein Recht zur Vornahme der Heilmaßnahmen eingeräumt wird, obschon er durch den Vertrag entsprechend verpflichtet worden ist. Daraus folgt, daß die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung, wie alle übrigen Pflichten, die ein Eindringen in die Persönlichkeitssphäre des Patienten beinhalten, erst durch die Einwilligung aktualisiert wird, auch wenn sie schon vertraglich begründet wurde. Die Einwilligung bewirkt daher die Erfüllbarkeit der ärztlichen Pflichten und hat hier ebenso Einfluß auf die Bestimmung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung wie der Vertrag bei der Pflichtenbegründung.

---

1) Eine entsprechende Anwendung des § 315, wie BOSCH-HABSCHEID, JZ 54,213(215 f.) es vorschlagen, ist m.E. nicht möglich, da es an einer bestimmungsberechtigten Person fehlt.

2) Rechtstechnische Ausgestaltung

Die rechtstechnische Ausgestaltung der Einwilligung richtet sich nicht nach § 183 BGB, da die Einwilligung in eine Heilmaßnahme keine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft i.S.v. § 183 BGB ist. Die Voraussetzungen und die Grenzen, in denen die Heileinwilligung wirkt, lassen sich nur unter Berücksichtigung ihrer Rechtsnatur gewinnen. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob man die Einwilligung als Rechtfertigung einer Körperverletzung, als Ausübung des Freiheitsrechts i.S.v. § 823 I BGB oder des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes auffaßt [1].

---

1) Entscheidend ist in dieser Hinsicht die Rechtsnatur des Heileingriffs. M.E. nimmt die im Zivilrecht herrschende Meinung zu recht eine Körperverletzung an; vgl. DEUTSCH, NJW 65,1985(1989); ERMAN-DREES, § 823,4b; LARENZ SchR II, S.424 f. Anm.3; PALANDT-THOMAS, § 823,4b 6; SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER, § 823 Rdn.16; außerdem die zivil- und strafrechtliche Rechtsprechung, vgl. RGZ 68,431(433); 168,206(209); BGHZ 29,33(36); NJW 59,2299(2299); RGSt 25,375(378); 74,91(92); BGHSt 11,111(112).
Ansonsten würde die Entschließungsfreiheit bei der Heilbehandlung verselbständigt, während sie bei den anderen Rechtsgütern wie Eigentum, Besitz etc. im Rahmen der Verletzung dieses Rechtsgutes untersucht wird. EBERHARDT, S.58 versucht dies aus der Sonderstellung der Heilbehandlung zu rechtfertigen, doch ist ihm insoweit nicht zu folgen. Die erweiterte Pflichtenbindung bei Verfügungen über den menschlichen Körper wirkt auf die Grenzen des Selbstbestimmungsrechts ein, gestattet aber nicht, die Entschließungsfreiheit über den eigenen Körper als Rechtsgut von diesem zu trennen; vgl. DEUTSCH, LARENZ a.a.O.
a.A., nämlich in Annahme einer Verletzung der Freiheit i.S.v. § 823 I BGB: OERTMANN, § 823,2c;

für eine Persönlichkeitsverletzung:
EBERHARDT, S.58; ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1315; ESSER, SchR II, S.399; GEHRING, S.153 f.; WEITNAUER, Der Betrieb 1961, Beilage 21,1(1); WIETHÖLTER, S.103 sowie die h.L. im Strafrecht; vgl. BOCKELMANN, S.62; 79 Anm.69 m.w.Nw.

Denn die Einwilligung in die Persönlichkeitssphäre ist gleich ausgestaltet, unabhängig davon, auf welchen Teil der Persönlichkeitssphäre sich die Einwilligung bezieht.

a) Rechtsnatur

Die rechtliche Natur der Heileinwilligung ist umstritten. Während das RGSt die Frage offenließ [1], entschied sich das RGZ [2] sowie ein Teil des zivilrechtlichen Schrifttums [3] dafür, die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzuerkennen, bzw. zumindest die Vorschriften über die Willenserklärung ohne Einschränkung entsprechend anzuwenden. Vor allem die mit der Einwilligung verbundene Gefahrübernahme durch den Minderjährigen, sowie die Rechtsstellung seines gesetzlichen Vertreters, dem auch die Personensorge über ihn obliegt, waren für diese Meinung entscheidend.
Dagegen vertritt der BGHZ neuerdings [4] im Einklang mit dem BGHSt sowie der h.M. im insbesondere strafrechtlichen Schrifttum [5] die Auffassung, die Heileinwilligung sei keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern die Gestattung der Vornahme tatsächlicher, in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifender Handlungen. Das Leben und die körperliche Unversehrtheit seien nicht Gegenstand eines Rechts wie z.B. das Eigentum, sondern Rechtsgüter, über die

---

1) RGSt JW 1911,748(Nr.2)

2) RGZ 68,431(433); 168,206(210)

3) ENNECCERUS-LEHMANN, S.932; ENNECCERUS-NIPPERDEY, AT Bd. 2, S.933 FN 11, S.1315; PLANCK-FLAD (4), § 107 Anm.I 4, S.245; vor allem ZITELMANN, AcP 99 (1906),1(51ff.) und heute v.STAUDINGER-DONAU, § 1626, Rdn.76 ff. mit ausführlicher Darstellung der Problematik.

4) BGHZ 29,33(36)

5) BGHSt NJW 1953,912(912); BOEHMER, MDR 59,705 ff.; ERMAN-WESTERMANN, § 107, Anm.1; LENCKNER, ZStW 72 (1960),446 (456 ff.); RABEL, S.32; EB.SCHMIDT, Gutachten, Rdn.109 ff.; STAMMBERGER, S.26; v.STAUDINGER-COING, § 107, Rdn.11; WEITNAUER, Der Betrieb 1961, Beilage 21,1(2 ff.)

der Mensch nicht verfügen könne wie über eine ihm gehörige Sache. Die Vorschriften der Willenserklärung seien daher nur analog in dem Umfang anzuwenden, den der Schutz des Minderjährigen verlange.

Was das Ergebnis anbelangt, ist dieser Ansicht zuzustimmen, doch begegnen ihr im Hinblick auf die Begründung Zweifel. Das Objekt des Eingriffs als Abgrenzungskriterium herauszuheben, ist nicht stichhaltig, da weder bei einer Einwilligung in einen Heileingriff noch bei einer Einwilligung in eine Eigentumsverletzung eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vorliegt [1]. Entscheidend ist vielmehr die Art des Eingriffs [2]. Ist dieser ein Rechtsgeschäft (z.B. eine Verfügung, vgl. § 185 BGB), so ist auch die Einwilligung ein solches. In allen anderen Fällen handelt es sich um Gestattungen der Vornahme tatsächlicher Handlungen, die zwar Ähnlichkeit zu Willenserklärungen haben, da sie willensgetragen sind, bei denen der Wille aber nicht auf Rechtsfolgen gerichtet ist. Sie sind Rechtshandlungen in der Form von Willensäußerungen, bei denen die Rechtsfolge allein auf der Tatsache ihrer Vornahme, nicht aber auf einem Rechtsfolgewillen beruht [3].

Ausgehend von dieser Erkenntnis gelangt man zu demselben Ergebnis, das der BGH vertritt. Wie bei allen Rechtshandlungen, die die Betätigung eines Rechtsfolgen auslösenden Willens beinhalten, sind auch bei der Heileinwilligung die Vorschriften über die Willenserklärungen analog anzuwenden.

---

1) Vgl. BÖHMER, MDR 59,7o5(7o5); LENCKNER a.a.O., S.457; dagegen findet das Einwilligungsobjekt Berücksichtigung bei der Frage, ob §§ 1o4 ff. analog anzuwenden sind, vgl.u.

2) BOEHMER, MDR 59,7o5(7o5)

3) LENCKNER, ZStW 72 (196o),446(455 m.w.Nw. in Anm.28); vgl. dazu auch ERMAN-WESTERMANN, Einl. zu § 1o4, Anm.1,2; FLUME, Das Rechtsgeschäft, S.1o8 ff.; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, Vorbem. 2 vor § 1o4; Vorbem.116 vor § 116

Die Grenze ist erst dort zu finden, wo bei einer Regelung das Wollen des Rechtserfolges das entscheidende Kernstück ist, bzw. wo die besondere Natur der Rechtshandlung einer analogen Anwendung entgegensteht [1].

b) Einwilligungsfähigkeit des Patienten

Im Hinblick auf die Einwilligungsfähigkeit scheint eine analoge Anwendung der §§ 1o4 ff. BGB und damit das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit zunächst gerechtfertigt. Denn hier steht das Wollen des Rechtserfolges nicht im Vordergrund.

Auch der BGH hat eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen nicht grundsätzlich abgelehnt, weil eine Einwilligung in einen körperlichen Eingriff bedeutsame rechtliche Folgen nach sich ziehen könne. Eine Analogie sei aber nur geboten, sofern der Schutz des Minderjährigen es erfordere. Bei Eingriffen in die körperliche Integrität bestehe jedoch kein Schutzbedürfnis mehr, wenn der Minderjährige nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und der dazu benötigten Gestattung ermessen könne. Sei der Minderjährige dazu in der Lage, könne er wirksam in den Eingriff einwilligen, womit dieser als rechtmäßig zu erachten sei. [2]

Der Ansicht des BGH ist zuzustimmen. Es entspricht dem Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts, den Selbstbestimmungswillen zu beachten, wenn der Mensch im Einzelfall nach seinen persönlichen Fähigkeiten in der Lage ist, diesen Willen sinnvoll und vernünftig zu betätigen. Da die Ein-

---

1) wie z.B. bei § 119 BGB, vgl. Erman-WESTERMANN, Einl. zu § 1o4 Anm.1; LENCKNER, ZStW 72 (1960),446(456); SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, Vorbem. 34 vor § 1o4

2) BGHZ 29,33

sichts- und Urteilsfähigkeit von Alter und Geschäftsfähigkeit unabhängig ist, kann auch ein Minderjähriger wirksam einwilligen, wenn er von der Bedeutung und der Tragweite des Eingriffs eine hinreichende Vorstellung hat. [1)]

Die in § 1o7 BGB zum Schutz des Minderjährigen vorgesehene Schematisierung ist hier nicht angebracht, da sie mit der Höchstpersönlichkeit der anstehenden Entscheidung unvereinbar ist. Zwar sehen auch andere höchstpersönliche Entscheidungen eine ähnliche Schematisierung vor, wie z.B. die Adoption in § 1751 BGB oder die Einwilligung in eine Ehelichkeitserklärung in §§ 1726,1728 BGB. Infolge der dort eintretenden Veränderung der Rechtsstellung des Minderjährigen ist diese jedoch erforderlich. Die Höchstpersönlichkeit der Entscheidung wird berücksichtigt, indem nicht mehr gegen den Willen des Minderjährigen entschieden werden kann.

Man mag einwenden, der Maßstab der Urteils- und Einsichtsfähigkeit führe im Einzelfall zu einer Rechtsunsicherheit. Gleichwohl sollte diese nicht zu hoch bewertet werden, zumal in § 828 II BGB ein ähnlich weites Kriterium wie das hier verwandte gesetzlich normiert ist.

Den bei der Beurteilung der Einsichtsfähigkeit auftretenden Entscheidungsspielraum hat der Arzt in Form eines persönlichen Urteils über die Geistes- und Willenskräfte des Patienten auszufüllen. Von ihm wird keine exakte psychiatrische Begutachtung verlangt, sondern eine Entscheidung auf-

---

1) BOEHMER, MDR 59,7o5(7o6); ERMAN-WESTERMANN, § 1o7 Anm.1; ebenso das Schweizer Recht in Art.19 ZGB; der Einwand von EB.SCHMIDT, Gutachten S.97, Fußn.2o7, daß die Gesamtheit der die Geschäftsfähigkeit betreffenden Normen durch das Recht auf die freie Persönlichkeit gesprengt werden könne, trifft nicht zu. Ausnahmen von §§ 1o4 ff. BGB sind nur dort möglich, wo §§ 1o4 ff. BGB keine Geltung haben (also bei geschäftsähnlichen Rechtshandlungen) und auch nicht analog angewandt werden können (bei höchstpersönlichen Entscheidungen). Im übrigen gelten ausnahmslos §§ 1o4 ff. BGB.

grund seiner Erfahrung im Umgang mit Menschen. Wie in allen Fällen, die dem Arzt bei seiner Tätigkeit einen Entscheidungsspielraum öffnen, taucht auch hier die Frage auf, ob das ärztliche Urteil gerichtlich nachprüfbar ist oder der Arzt in Eigenverantwortung handelt. Allerdings begegnet sie uns hier nicht in voller Schärfe, da keine Moralanschauungen zur Diskussion stehen, sondern medizinisch-psychologisches Erfahrungswissen. Die Antwort ist unproblematisch, wenn man bedenkt, daß die Rechtswirksamkeit der Einwilligung eines Minderjährigen festgestellt werden muß. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfrage, die vom Gericht voll nachprüfbar ist, wobei fachliches Erfahrungswissen gegebenenfalls von Sachverständigen zu vermitteln ist. Eine Eigenverantwortlichkeit des Arztes tritt folglich im Konfliktfall zugunsten der Verantwortlichkeit des Gerichts zurück [1].

DONAU gibt folglich mit Recht zu bedenken, daß damit dem Arzt das Risiko aufgebürdet wird, nach jahrelangem Prozessieren bescheinigt zu erhalten, daß er sich über die "geistige und sittliche Reife" des Kranken unrichtige Vorstellungen gemacht habe.[2] Im Ergebnis wird dieses Risiko vom Arzt jedoch nicht getragen, da unrichtige Vorstellungen seinerseits über die allgemeinen Irrtumslehren ohne Folgen bleiben.

Im Zusammenhang mit der dargestellten Lösung zur Einwilligungsfähigkeit des Patienten taucht die Frage einer Kollision zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten und dem Personensorgerecht der Eltern nach § 1626 II BGB auf. Sofern man nicht schon die Teilmündigkeit bei vorhandener Einsichtsfähigkeit ablehnt, wird in der Regel dem Selbstbestimmungsrecht des minderjährigen, aber einsichtsfähigen Patienten der Vorrang gegeben.

---

1) OLG München NJW 1985,633(633 f.); EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn.111

2) in v.STAUDINGER, § 1626, Anm.78

Die Auffassungen differieren allerdings, wenn in Ausnahmefällen sachfremde Erwägungen zu Fehlentscheidungen des Patienten führen. Insoweit will LENCKNER [1] die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters wieder aufleben lassen, da sonst das Personensorgerecht bei urteilsfähigen Minderjährigen entgegen §§ 2, 1626 II BGB nicht mehr existiere. Meines Erachtens ist diese Gefahr einer Aushöhlung des Personensorgerechts bei Erlangung der Urteilsfähigkeit unbegründet. Bei genügender Unterscheidung der Personen- und Vermögenssorge i.S.v. § 1626 II BGB [2] und den höchstpersönlichen Angelegenheiten, wie LENCKNER sie auch bei der Begründung der Teilmündigkeit des urteilsfähigen Minderjährigen durchführt [3], kommt eine Aushöhlung des § 1626 II BGB nicht in Betracht. Denn nur die höchstpersönlichen Entscheidungen werden der Entscheidungsbefugnis der Eltern aus den genannten Gründen entzogen, während für die übliche Personen- und Vermögenssorge § 1626 II BGB weitergilt. Hält man den Minderjährigen für fähig, höchstpersönliche Entscheidungen selbst zu treffen, so ist konsequenterweise auch in Ausnahmefällen nicht der elterliche, sondern sein Wille im Rahmen der gesetzlichen Grenzen entscheidend [4], was aber nur für die Einwilligung, nicht für den Vertrag gilt.

c) Widerruflichkeit der Einwilligung

Eine weitere Besonderheit der Heileinwilligung liegt infolge ihres Charakters als Rechtshandlung in ihrer jederzeitigen

---

1) ZStW 72(1960),446(463); ähnlich STAMMBERGER, S.27

2) vgl. v.STAUDINGER-DONAU, § 1626 Anm.76 ff.

3) ZStW 72(1960), 446(456 f.)

4) BGHZ 29,33 ff.(37) nimmt insoweit nicht Stellung, scheint aber nicht zu dieser Lösung zu tendieren, was EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn.112, als Unsicherheit wertet.

Widerruflichkeit [1]. Die analoge Anwendung des § 130 I,1 BGB ist nicht möglich. Der Grund für die Widerrufsregelung bei Willenserklärungen in § 130 I 1 BGB liegt darin, daß der Erklärende im Interesse des Erklärungsempfängers an seiner Erklärung festgehalten werden soll, da er die damit verbundene Rechtsfolge gewollt hat. Bei der Einwilligung beruht hingegen die Rechtsfolge ausschließlich auf ihrer tatsächlichen Vornahme, nicht aber auf einem Rechtsfolgewillen. Ein Widerruf muß daher die eingetretenen Rechtsfolgen unabhängig von dem Zeitpunkt seiner Vornahme rückgängig machen, da es nur auf die tatsächliche Lage ankommt. Außerdem ist die Einwilligung höchstpersönlicher Natur, so daß ein Interesse des Erklärungsempfängers an ihrem Fortbestand trotz späteren Widerrufs nicht besteht. Schließlich räumt auch der Vertrag dem Arzt kein Recht zur Vornahme des Eingriffs ein [2]. Aus ihm resultiert nur eine Verpflichtung, die erst bei Vorlage einer Einwilligung erfüllbar ist.

d) Ärztliche Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung

aa) Bedeutung der Aufklärung

Eine wirksame Einwilligung des Patienten erfordert schließlich die Aufklärung des Arztes [3]. Denn der Patient kann eine Entscheidung über die Behandlung nur treffen, wenn er die Tragweite der Behandlung erfaßt und ihr Für und Wider im wesentlichen verstanden hat. Es handelt sich also um eine entscheidungsbezogene Aufklärung, die davon ausgeht, daß eine medizinisch richtige Behandlung in gewissem Umfang zusätzlich vom Willen des Patienten getragen sein muß [4].

---

1) EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn.116; RGSt 75,375(382)

2) ZITELMANN, AcP 99(1906),1(50)

3) vgl. für viele: BGHZ 29,46(58); BOCKELMANN, S.50; EBERHARDT, S.13 ff.; ENGISCH, KNA 1960,131(141); GRÜNWALD, ZStW 73(1961),5(7); EB.SCHMIDT bei Ponsold (2), S.37; WEITNAUER, Der Betrieb 1961, Beilage 21,1(3)

4) EBERHARDT, S.13 f.; GRÜNWALD, Arzt und Recht,125(141); WEITNAUER a.a.O.

Demgegenüber wird von GEILEN [1] eingewandt, die Aufklärung sei nur begrenzt am Wesen der Einwilligung orientiert, so daß eine derartig klare Verbindung zwischen Einwilligung und Aufklärung nicht existiere. Eine Verbindungslinie sei nur dort zu erkennen, wo ein Bezugsinhalt der Einwilligung völlig fehle, z.B. wenn die Benennung der ärztlichen Maßnahme noch keinerlei Vorstellung beim Patienten bewirke [2]. Im übrigen betreffe die Aufklärung nur die Einwilligungsmotivation. Diese habe keinerlei Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Einwilligung, sondern könne nur in der von ihm vorgeschlagenen Heilzweck-Heilmittel-Relation als Maßstab für die Erforderlichkeit einer nach ihrer Intensität relativierten Einwilligung Berücksichtigung finden [3]. Die generalklauselartige Ermittlung des Aufklärungsumfangs i.S. der von GEILEN bemühten Zwecktheorie mag vom Ergebnis gesehen noch so begrüßenswert sein, so rechtfertigt sie dennoch nicht die Angriffe gegen die Verbindung von Einwilligung und Aufklärung. Jene Verknüpfung gebietet schon die Wortbedeutung des terminus "Einwilligung". Denn es ist selbstverständlich, daß man nur in Kenntnis aller Umstände und nicht nur eines formalen Bezugsinhalts ein-willigen kann [4]. Zudem ist jene von GEILEN bezweckte Relativierung der Einwilligungsintensität und Aufklärung nicht nur unabhängig voneinander im Rahmen der Zweck-Mittel-Relation möglich, sondern auch durch eine gegenseitige Verbindung. Je nach dem Maß der im Hinblick auf den Heilzweck erforderlichen Aufklärung

---

1) Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S.133 ff.

2) S.131

3) S.133 f., 156 f.; zur Einwilligungsintensität vgl. auch ENGISCH, ZStW 58 (1939),1(38)

4) so EBERHARDT, S.14 f., der zutreffend noch weitere Einwilligungsfälle aufzeigt, in denen ebenfalls jene Verbindungslinie zwischen Einwilligung und Kenntnis aller einwilligungsrelevanten Umstände deutlich wird.

kann eine wirksame Einwilligung angenommen werden, deren Rechtfertigungswirkung immer dieselbe ist, deren Intensität aber verschieden sein mag [1].

Die Rechtsgrundlage für die notwendige Aufklärung ist unterschiedlich und richtet sich danach, ob die ärztliche Maßnahme im außervertraglichen oder vertraglichen Bereich vorgenommen wird. Besteht zwischen Arzt und Patient - aus welchem Grund auch immer - kein Vertragsverhältnis, so ist keine Norm ersichtlich, die zur Aufklärung verpflichtet. Vielmehr existieren nur Verbotstatbestände oder deliktische Schadensersatzvorschriften wie §§ 211 ff., 223 ff. StGB, 823 BGB, die den Eingriff in die persönliche Rechtssphäre des Patienten und damit auch den eigenmächtigen ärztlichen Heileingriff verbieten bzw. mit Schadensersatzfolgen belegen. Unabhängig davon, ob man diesen als Körperverletzung ohne Einwilligung des Patienten, als Persönlichkeitsrechtsverletzung oder als Freiheitsverletzung auffaßt [2], ist der Arzt daher nicht zur Aufklärung i.S. einer Rechtspflicht verpflichtet. Vielmehr trifft ihn nur eine Obliegenheit i.S. einer "funktionellen Nötigung", den Patienten aufzuklären, da er ansonsten mit den Sanktionen der genannten Vorschriften belastet wird [3]. Diese Obliegenheit wird inhaltlich dadurch konkretisiert, daß sie sich auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Hinblick auf den ärztlichen Heileingriff bezieht. Sie soll eine eigenverantwortliche

---

1) HINDERLING, Schw.JZ 1963,319(319). Allerdings läßt er seine Ansicht nur insoweit gelten, als man in der Einwilligung ein Rechtsgeschäft sieht. M.E. besteht kein Grund für eine solche Einschränkung, da auch eine Gestattung tatsächlicher Handlungen deren Kenntnis voraussetzt.

2) vgl. oben S. 89 , Anm. I

3) R.SCHMIDT, S.76; im Hinblick auf die Aufklärungspflicht EBERHARDT, S.14 und neuerdings ausführlich WINKHAUS, S.18 ff.

Entscheidung des Patienten ermöglichen unter Berücksichtigung des mit dem Eingriff verfolgten Heilzwecks [1].

Ist zwischen Arzt und Patient ein Vertrag schon zustandegekommen, so wird die Pflicht zur Aufklärung zusätzlich als vertragliche Nebenpflicht begründet, die sich ebenfalls in Anbetracht des verfolgten Heilzwecks inhaltlich modifiziert [2]. Die Aufklärungsobliegenheit wird dadurch nicht aufgehoben. Denn die Verbindung von Aufklärungsobliegenheit und Vertrag ist rein zufällig, was letztlich auch in der erwähnten gedanklichen Trennung von Einwilligung und Vertrag zum Ausdruck kommt [3]. Die vertragliche Aufklärungspflicht überlagert lediglich die Aufklärungsobliegenheit und gibt dem Verlangen nach Aufklärung eine stärkere Zwangsintensität, als es bei einer Obliegenheit üblich ist [4].

bb) Umfang der Aufklärung

Der Umfang der als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Einwilligung postulierten Aufklärung ist das eigentliche Problem in diesem Zusammenhang. Es taucht allerdings bei der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, die an der fließenden Grenze zwischen Leben und Tod in Form einer künstlichen Lebensverlängerung oder einer Lebens- und Leidensverkürzung vorgenommen werden, nicht in aller Schärfe auf.

---

1) Daß jener Heilzweck neben der im Text erörterten Obliegenheit zur (sog. Selbstbestimmungs-)Aufklärung noch eine weitergehende Aufklärungsobliegenheit zum Schutze des Kranken und Dritter begründet (sog. Sicherungsaufklärung; z.B. die Aufklärung über die Diagnose zur Vermeidung einer Ansteckung), sei nur am Rande erwähnt. Auf sie kommt es hier nicht an, da nur die Selbstbestimmungsaufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung fungiert; vgl. i.e. GEILEN, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S.80 ff.; WINKHAUS, S.27 ff.

2) Auch hier gilt die in Anm.1) angedeutete Besonderheit, die sich an weiteren Nebenpflichten wie Sorgfalts-, Fürsorge- und Obhutspflichten verdeutlicht.

3) EBERHARDT, S.16; s.auch oben S.84 f.

4) WINKHAUS, S.42; zur Obliegenheit als Pflicht minderer

Die Problematik beruht auf der Kollisionsmöglichkeit der Rechtsgüter personale Selbstbestimmung und Leben und Gesundheit des Patienten, die zu einem dem Arzt-Patientenverhältnis eigentümlichen Spannungsverhältnis führen. Der Patient bedarf einer umfassenden Auskunft, um von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch zu machen, während es gleichermaßen in seinem Interesse ist, daß die Auskunft unter Umständen möglichst eingeschränkt, wenn nicht sogar unterlassen wird, um den Heilerfolg nicht zu gefährden. Dabei ist es nur verständlich, daß ein Interesse des Patienten nach eingeschränkter Aufklärung auf ärztlicher Seite in Grenzfällen vorrangig berücksichtigt wird, da dies der Verantwortung für die Genesung des Patienten entspricht.

Es wurde bislang betont, daß die Aufklärungsobliegenheit bzw. die vertragliche Aufklärungspflicht durch den mit dem Eingriff verfolgten Zweck inhaltlich konkretisiert wird . Zum Umfang der Aufklärung ist damit jedoch noch keine Aussage getroffen. Vielmehr sollte nur nochmals betont werden, daß die ärztliche Aufklärung entscheidungsbezogen ist, d.h. in einer bestimmten Zweckrichtung verläuft, um dem Patienten die Selbstbestimmung zu ermöglichen.

Die Rechtsprechung differenziert bei der Ermittlung des Umfangs der erforderlichen Aufklärung nach deren Bezugspunkt. Sie stellt unterschiedliche Kriterien auf, je nachdem die Kenntnis von der Art, von Folgen und Gefahren oder von der Notwendigkeit und Bedeutung ärztlicher Maßnahmen vermittelt werden soll [1]. Sie im einzelnen darzustellen, erübrigt sich ebenso wie eine Erörterung der im Schrifttum entgegen-

---

Intensität neben dem grundlegenden Werk von R.SCHMIDT: ESSER, Bd.1, S.30 f.; SOERGEL-SIEBERT-R.SCHMIDT, vor § 241 Rdn.8; v.STAUDINGER-WEBER, Einl. § 241, Rdn. M 14

1) Eine ausführliche Darstellung der Rechtsprechung findet sich bei EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn.1-178, sowie bei EBERHARDT, S.73-121

gebrachten Vorbehalte. Die Meinungsverschiedenheiten lassen nämlich erkennen, daß sie sich im wesentlichen auf einen Grenzbereich beziehen. Die Kritik wird vor allem in den Fällen laut, in denen Schädigungen des Patienten durch die Aufklärung ermöglicht werden, die den Heilerfolg in Frage stellen oder zu einem seelisch-körperlichen Zusammenbruch des Patienten führen [1]. Nur hier stehen personale Selbstbestimmung und Leben und Gesundheit des Patienten als gleichrangige Werte gegenüber und führen zu dem dargestellten Spannungsfeld im Arzt-Patienten-Verhältnis.
Hingegen wird unstreitig auf eine Aufklärung verzichtet, wenn die Behandlung so dringlich und die Gefahr für Leben und Gesundheit des Patienten so groß ist, daß die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts unverhältnismäßig gegenüber der Schädigung von Körper und Gesundheit ist. Ebenso zweifellos ist eine Aufklärung erforderlich, wenn die Eingriffsfolgen so schwerwiegend und bedeutungsvoll sind, daß sie unter keinen Umständen ohne die Entscheidung des Patienten herbeigeführt werden dürfen [2].

Bei der Einwilligung in ärztliche Maßnahmen, die an der fließenden Grenze zwischen Leben und Tod in Form einer künstlichen Lebensverlängerung oder Lebens- und Leidensverkürzung vorgenommen werden, gebieten mithin schon Tragweite und Bedeutung der Folgen des ärztlichen Eingriffs eine vollständige Aufklärung. Sie muß sich auf Art und Gefahren der

---

1) vgl. EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn.171 ff.; GRÜNWALD, ZStW 73(1961),5 (22 ff.), sowie in "Arzt und Recht", 125(151); EBERHARDT, S.196 ff.; lediglich ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73 (1961),341 ff. schließt sich der Rechtsprechung an; ähnlich auch KOHLHAAS, Medizin und Recht, S.74 ff. Den grundsätzlichen Bedenken von STEINDORFF, Hamburger Ärzteblatt 1961, 394 ff. - vgl. dazu oben S.79 ff. - und GEILEN, Einwilligung und Aufklärung, S.133 ff. - vgl. dazu oben S.97 f. - stehen die oben aufgezeigten Bedenken entgegen.

2) EBERHARDT, S.193 f. sowie BGHZ VersR. 61,1036(1038); 61,1039(1040); 62,46(47); 63,232(233)

ärztlichen Maßnahme und den Befund beziehen, unabhängig davon, welchen Aufklärungsumfang man in dem aufgezeigten Grenzbereich fordert. Das Selbstbestimmungsinteresse des Patienten ist hier so überragend, daß es anderen Überlegungen keinen Raum läßt.

III. Die vorsorgliche Willensäußerung als Indiz des mutmaßlichen Willens i.S.d. § 683 BGB

1) Die vorsorgliche Willensäußerung als pflichtenbestimmendes Merkmal

Neben dem Vertrag und der Einwilligung kommt als weitere Form privatautonomer Gestaltung die vorsorgliche Willensäußerung in Betracht, die sich nicht auf einen hic et nunc zu erfolgenden konkreten Eingriff, sondern auf eine eventuelle spätere ärztliche Maßnahme bezieht. Ihre pflichtenbestimmende Funktion beruht nicht darauf, daß sie einen selbständigen Rechtfertigungsgrund wie die Einwilligung begründet, sondern auf ihrer den mutmaßlichen Willen des Patienten beeinflussenden Eigenart. Über den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung [1] vermag sie ein Recht zur Vornahme der Heilmaßnahme abzusprechen oder einzuräumen, wie sie es auch bei fehlendem wirklichen Willen ermöglicht, gemäß §§ 677 ff. BGB in berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag zu handeln. [2] Sie gibt nämlich unter gewissen, noch zu erläuternden Voraussetzungen ein Indiz für die mutmaßliche Einwilligung, die dem mutmaßlichen Willen im Sinne von § 683 BGB entspricht. Denn es ist objek-

---

1) SCHÖNKE-SCHRÖDER Vorbem. § 51, Rdn 48 ff.m.w.Nw.; SOERGEL-SIEBERT-ZEUNER, § 823, Rdn. 145

2) EBERHARDT, S.198 Anm.175; HAGEDORN, S.72 ff., 96 f.; ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73 (1961) 341(378); KLEINE-WEFERS, VersR. 62,197(203); REITELMANN, S.67; WEITNAUER, Der Betrieb 1961, Beilage 21,1(5); WIETHÖLTER, S.106; ZITELMANN, AcP 99(1906),1(104)

tiv festzustellen, ob der Geschäftsherr bei Berücksichtigung aller Umstände und seiner besonderen Lage die Geschäftsführung gewollt haben würde. [1]

Da eine Heileinwilligung nicht nur direkt vor einer hic et nunc erfolgenden ärztlichen Maßnahme, sondern auch geraume Zeit vorher erteilt werden kann, ist eine Abgrenzung zur vorsorglichen Willensäußerung erforderlich. Dabei ist von der Erkenntnis auszugehen, daß eine Heileinwilligung die Gestattung eines konkreten ärztlichen Eingriffs darstellt und zu dessen Vornahme allein ein Recht einräumt. Sie muß sich daher auf die jeweilige ärztliche Handlung und die damit verbundene Rechtsgüterbeeinträchtigung beziehen. [2] Wird z.B. ein unheilbar Krebskranker durch die Allgemeinwirkung der Geschwulst anämisch, so muß sich sein Wille ausdrücklich oder konkludent auf die erforderliche Bluttransfusion richten.

Die vorsorgliche Willensäußerung ist hingegen noch nicht auf eine konkrete ärztliche Maßnahme gerichtet. Sie stellt bei der objektiven Beurteilung aller Umstände nur eine von möglicherweise mehreren Tatsachen dar, die auf den entscheidenden mutmaßlichen Willen schließen läßt. Jene Würdigung der gesamten Sachlage ist erforderlich, da ein präsumtiver [3], hypothetischer Wille zu ermitteln ist, der subsidiär gegenüber dem insoweit fehlenden tatsächlichen Willen entscheidungserheblich sein soll. Z.B. kann der unheilbar Krebskranke, dem sein Leiden bekannt war, zu verstehen gegeben haben, daß sein Leben auch durch komplizierte

---

1) ERMAN-HAUSS, § 683 Anm.2b; PALANDT-THOMAS, § 683 Anm.3; RGRK-DENECKE, § 683 Anm.3; SOERGEL-SIEBERT-MÜHL, § 683 Rdn.2; v.STAUDINGER-NIPPERDEY, § 683 Rdn.10

2) JESCHECK, S.251

3) v.STAUDINGER-NIPPERDEY § 683 Rdn.10

ärztliche Eingriffe trotz der unheilbaren Krankheit verlängert werden soll. Seine Äußerung betrifft dann nicht die konkret erforderliche Bluttransfusion, läßt aber auf eine mutmaßliche Einwilligung schließen. Diese könnte hingegen wieder zweifelhaft werden, wenn es sich um einen Zeugen Jehovas handelt, von dem bekannt ist, daß er nach zwei früheren Autounfällen trotz Lebensgefahr eine Bluttransfusion verweigert hatte.

Die Frage, ob im Einzelfall eine Einwilligung oder eine vorsorgliche Willensäußerung vorliegt, ist in entsprechender Anwendung der Auslegungsregel von Willenserklärungen, § 133 BGB, zu entscheiden. Es kommt darauf an, ob der wirkliche Wille des Patienten in Form einer Einwilligung auf eine konkrete ärztliche Maßnahme gerichtet ist, oder ob er nur Hinweise auf einen mutmaßlichen Willen bezüglich des Heileingriffs gibt, etwa in Form einer Stellungnahme zu bestimmten Folgen einer Heilbehandlung oder zu dem mit ihr verbundenen Risiko, ohne daß diese Heilbehandlung zur Zeit der Willensäußerung konkret geplant ist.

Eine entsprechende Anwendung von § 133 BGB widerspricht nicht der Rechtsnatur der Einwilligung, die eine Gestattung der Vornahme tatsächlicher Handlungen ist. Auf die Einwilligung sind infolge ihrer besonderen Natur nur solche Vorschriften anwendbar, die nicht ausschließlich Willenserklärungen voraussetzen, weil diese von einem Rechtsfolgewillen getragen sind. Es kommen daher Normen in Betracht, deren Regelungsgrund nicht in dem Rechtsfolgewillen der Willenserklärungen liegt. [1] Nur sie erfassen analog Äußerungen wie die Einwilligung, die lediglich willensgetragen ist und bei der die Rechtsfolge allein auf der Tatsache ihrer Vor-

---

1) s.o. S.91 f.

nahme beruht. Zu jenen Vorschriften zählt auch § 133 BGB, der bei der Auslegung von Willenserklärungen lediglich auf den tatsächlichen Willen des Erklärenden abstellt, ohne daß es dabei entscheidend ist, daß gerade dieser Wille die Rechtsfolgen begründet.

Bei der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung hat die vorsorgliche Willensäußerung des Patienten eine besondere Bedeutung. Die neuartigen Reaktivierungsmethoden gestatten, menschliches Leben trotz langandauernder, tiefer Bewußtlosigkeit zu erhalten, so daß ärztliche Eingriffe während dieses Stadiums nicht mehr von einer Einwilligung und damit auch nicht mehr vom wirklichen Willen des Patienten i.S.v. § 683 BGB getragen sein können. Die Maßnahmen des Arztes müssen mithin dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen, um nach den Prinzipien der Geschäftsführung ohne Auftrag als berechtigt zu gelten.

Bedenken gegen diese Lösung ergeben sich allenfalls aus strafrechtlicher Sicht. Es wird die Ansicht vertreten, daß der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung ein Unterfall des übergesetzlichen Notstandes sei. Der primär rechtfertigende Grund sei nicht die vermutliche Preisgabe der Interessen durch den Verletzten, sondern das positive Handeln in seinem Interesse. Etwaige vorsorgliche Äußerungen des Patienten, deren Ermittlung für den Arzt schon mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sei, könnten daher keine Beachtung finden [1].

Zu überzeugen vermag jene Meinung nicht. Auf zivilrechtlichem Gebiet ist es schon dogmatisch kaum möglich, mit den Rechtsgrundsätzen des übergesetzlichen Notstandes die Prinzipien der Geschäftsführung ohne Auftrag zu verdrängen.

---

1) BOCKELMANN, NJW 1961,945(949); ENGISCH, ZStW 58 (1939),1 (5o f.); EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn.168; WELZEL, S.92 f. Außerdem der Beschluß des 44.DJT unter Ziff.VIII, abgedruckt in Band II, Teil F a.E.

Zudem gebietet unsere Rechtsordnung generell und damit auch für das Strafrecht, die Zulässigkeit einer Heilmaßnahme primär von der Selbstbestimmung des Patienten abhängen zu lassen, nicht aber von der medizinischen Notwendigkeit eines Eingriffs.
Es mag entgegengehalten werden, daß das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seinen Körper aus Art.2 II 1 GG immer dann keine Beachtung findet, wenn seine Ausübung nicht mehr möglich ist. Der mutmaßliche Wille umschreibe hier letztlich die Frage nach dem wahren Wohl des Betroffenen,die nur nach den Grundsätzen des übergesetzlichen Notstandes beantwortet werden könne. Insoweit sei allenfalls eine Abwägung mit einer eventuell später zu verwirklichenden Selbstbestimmung notwendig. Diese entfalle aber bei einer Körper- oder Gesundheitsgefährdung bzw. bei endgültigem Ausfall der Selbstbestimmungsmöglichkeit. Zuzugeben ist, daß dem Arzt in den meisten Fällen nichts anderes übrig bleibt, als den mutmaßlichen Willen des Patienten ausschließlich an dessen objektiven Interesse auszurichten. Gleichwohl liegt es nicht fern, daß stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen können, daß der Patient sich im Hinblick auf eine konkrete Behandlung bei voller Kenntnis der Situation in bestimmter Weise äußern würde. Insoweit berücksichtigen jene Einwände nicht die Tatsache, daß eine persönliche Willensentscheidung immer von bestimmten Vorstellungen und Interessen ausgeht [1]. Ihre Kundgabe kann zumindest als Vorstufe einer Ausübung des Selbstbestimmungsrechts angesehen werden, obwohl eine konkrete Einwilligung für den Einzelfall nicht vorliegt. Art. 2 II 1 GG gebietet daher, auch diese Vorstellungen und Interessen des Patienten wie eine wirkliche Willensäußerung zu verwerten, mögen sie vernünftig sein oder nicht. Es wäre mit dem Recht auf Selbstbestimmung unvereinbar, wollte man einen Patienten entgegen seinen persönlichen Vorstellungen zum Objekt einer - wenn auch wohlgemeinten und medizinisch notwendigen - Hilfelei-

1) HAGEDORN, S.75

leistung machen. [1]

2) Rechtstechnische Ausgestaltung

Die vorsorgliche Willensäußerung entspricht in ihrer Rechtsnatur der Einwilligung und wird im wesentlichen wie diese rechtlich behandelt [2]. Sie ist eine Rechtshandlung, bei der die Rechtsfolgen ausschließlich auf der Tatsache ihrer Vornahme, nicht aber auf einem Rechtsfolgewillen beruhen. Ihre Beachtlichkeit setzt keine Geschäftsfähigkeit, sondern Einsichtsfähigkeit in die Bedeutung und Tragweite des Geäußerten voraus, wobei evtl. Kollisionsfälle mit dem Personensorgerecht der Eltern wie bei der Einwilligung gelöst werden. Auch kann der Patient eine vorsorgliche Willensäußerung jederzeit widerrufen, da § 130 I 1 BGB nicht analog anzuwenden ist.

Unterschiede zur Einwilligung zeigen sich nur darin, daß die vorsorgliche Willensäußerung keiner Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung bedarf, da sie sich nicht auf eine konkrete Maßnahme bezieht. Gleichwohl bedeutet das nicht, daß jede früher einmal abgegebene Willensäußerung im Hinblick auf eine anstehende Behandlung von Bedeutung ist. Gerade der Schluß von früheren Äußerungen des Kranken auf das Verhalten des Leidenden gegenüber dem hic et nunc ist höchst unsicher [3]. Er kann nur gerechtfertigt sein, wenn der Kranke eine "bestimmt gerichtete, feste Einstellung" gezeigt hat, die nachhaltig und stichhaltig belegt ist [4]. Insoweit kann meines Erachtens ähnlich differenziert werden wie bei der Frage, in welchem Umfang eine Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Einwilligung erforderlich ist. Die vorsorgliche Willensäußerung des Patienten sollte daher nur

---

1) HAGEDORN, S.75

2) vgl. dazu oben S. 90 ff.

3) EBERHARDT, S.198, Anm.175

4) EBERHARDT, S.198 Anm.175; ähnlich ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73(1961),341(378)

in voller Kenntnis der möglichen Situation Beachtung finden, d.h. in Kenntnis von der Art, von Folgen und Gefahren und von der Notwendigkeit und Bedeutung der späteren ärztlichen Maßnahme. Als Beispiel könnte hier angeführt werden, daß die Krankenschwester oder der Arzt, die aufgrund ihrer Tätigkeit einen tiefen Einblick in die Grenzbereiche zwischen Leben und Tod gewonnen haben, eine künstliche Lebensverlängerung im Eventualfall wünschen oder ablehnen. Aber auch der gewöhnliche Patient vermag durchaus, eine bestimmt gerichtete, feste Einstellung zu zeigen, die einen Schluß auf seinen mutmaßlichen Willen hic et nunc zuläßt, etwa nach langwieriger Behandlung oder nach Erfahrungen mit Familienangehörigen. Die Kenntnis von der Art des ärztlichen Eingriffs braucht nicht in großen Zügen vorzuliegen, wie es die Judikatur für die Einwilligung in die Heilmaßnahme verlangt. Schon infolge des vorsorglichen Charakters der Willensäußerung genügt es, wenn nur eine vage und umrißhafte Vorstellung von der Art des Heilakts vorliegt. Denn der Kranke kann nicht mit allen eventuellen Eingriffen vertraut sein. Wichtiger erscheint es hingegen, daß der Patient exakteste Kenntnis von den Folgen und Gefahren der Behandlung hat, zu der er sich vorsorglich äußert. Es genügt auch keine genaue Kenntnis der naturwissenschaftlichen Vorgänge, sondern es ist zusätzlich eine konkrete Vorstellung über die damit verbundenen physischen und psychischen Leiden erforderlich. Nur unter dieser Voraussetzung können Rückschlüsse aus dem früher ausgeübten Selbstbestimmungsrecht auf die augenblickliche Situation gewagt werden, da gerade die Konfrontation mit den Leiden und Qualen die Meinungsbildung des Patienten entscheidend beeinflussen kann. Überschaut der Kranke die Folgen und Gefahren in diesem Umfang, so hat er auch Kenntnis von der Notwendigkeit und der Bedeutung der ärztlichen Maßnahme. Darüber hinaus braucht das Wissen über den Befund und die Prognose naturgemäß nicht im Mittelpunkt zu stehen, da die konkrete Situation, die den Eingriff fordert, noch nicht eingetreten ist. Es genügt vielmehr

generell die Kenntnis von der Notwendigkeit und Bedeutung der eventuell möglichen Behandlung.

D. Ergebnis

Als Ergebnis hat sich gezeigt, daß es dem Patienten möglich ist, die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung nach seinem Willen selbst zu gestalten. Im einzelnen erfolgt dies zunächst durch Abschluß eines Behandlungsvertrages, dessen Inhalt je nach Diagnose und Prognose einvernehmlich zwischen den Parteien konkretisiert wird. Zusätzlich bedürfen die erforderlichen ärztlichen Maßnahmen einer Einwilligung des Patienten. Vertrag und Einwilligung sind streng voneinander zu trennen. Die auch außerhalb von Vertragsbeziehungen bestehende ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung wird durch den Vertrag zusätzlich begründet, während die Einwilligung ein Recht zur Vornahme der Heilmaßnahmen einräumt und damit die Erfüllbarkeit der vertraglichen Pflicht bewirkt. Auf die Einwilligung als einer Gestattung zur Vornahme tatsächlicher, in den Rechtskreis des Patienten eingreifender Handlungen sind die Vorschriften über Willenserklärungen nur beschränkt anwendbar, wobei vor allem Sonderregelungen im Bereich der Einwilligungsfähigkeit und der Beseitigung einer erteilten Einwilligung bestehen. Außerdem existiert hier die zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung einer ärztlichen Aufklärung. Der Patient kann schließlich die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung durch eine vorsorgliche Willensäußerung gestalten, die sich nicht auf einen hic et nunc erfolgenden Eingriff, sondern auf eine spätere ärztliche Maßnahme bezieht, für die noch keine Einwilligung abgegeben ist. Die vorsorgliche Willensäußerung, die mit Ausnahme des Aufklärungserfordernisses wie die Einwilligung behandelt wird, gewährt nicht unmittelbar ein Recht zur Vornahme einer ärztlichen Handlung. Sie hat aber Einfluß auf den mutmaßlichen Willen des Patienten und vermag insoweit die ärztliche Maßnahme als eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag zu rechtfertigen.

3. Teil:

Grenzen der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung

Als Grenzen der hier diskutierten Pflichtenbestimmung kommen § 679 BGB für das Willensmoment des § 683 BGB in Betracht, im übrigen generell §§ 134, 138 und § 242 BGB. Dabei scheidet § 679 BGB aus, da es schon an einer Rechtspflicht des Patienten zur Erhaltung seines Lebens fehlt. Der Anwendung der §§ 134, 138, 242 BGB steht bei der vertraglichen Bestimmung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung nichts im Wege. Ihr könnten allenfalls Bedenken begegnen, als im Arzt-Patienten-Verhältnis auch die Einwilligung und die vorsorgliche Willensäußerung bei der Pflichtenbestimmung maßgeblich sind, d.h. Rechtshandlungen in der Form von Willensäußerungen [1].

Was diese Frage anbelangt, sei zunächst daran erinnert, daß die von einer Willenserklärung beabsichtigten Rechts-

---

1) In diesem Zusammenhang bedarf die Auffassung von LARENZ, SchR II, 431, einer Stellungnahme, nach der die Einwilligung in den Fällen, in denen sie gleichzeitig mit der vertraglichen Abrede erteilt wird, Bestandteil des Vertrages sei. Sie stehe und falle mit dessen Wirksamkeit und brauche daher nicht gesondert an §§ 134, 138 BGB gemessen zu werden. Nur wenn sie für sich allein abgegeben werde, sei sie eine geschäftsähnliche Willensäußerung, deren Gültigkeit in Analogie zu §§ 134, 138 BGB zu ermitteln sei. LARENZ unterscheidet insoweit nicht streng genug zwischen Einwilligung und Vertrag. Auch wenn diese zeitlich zusammenfallen, kann das sittliche Werturteil im Hinblick auf die Einwilligung durchaus anders ausfallen, als im Hinblick auf den Vertrag. Denn die Einwilligung ist nur dann sittlich anstößig, wenn Handlung oder Erfolg, auf die sie hinzielt, sittlich mißbilligt werden. Dagegen kann die Sittenwidrigkeit des Vertrages zusätzlich noch dadurch begründet werden, daß die Parteien etwas unter rechtlichen Zwang stellen, was frei gewährt sittengemäß ist, oder daß sie ein Entgelt für eine Handlung vereinbaren, obwohl die Unentgeltlichkeit nicht anstößig ist. Vgl. zu diesen Fallgruppen noch FLUME, S.368 ff.; LOTMAR, S.68 ff.

folgen letztlich auf dem Rechtsfolgewillen beruhen, der in der Willenserklärung objektiviert wird. Hingegen finden die Rechtsfolgen der Einwilligung und vorsorglichen Willensäußerung ihren Grund ausschließlich in der Tatsache ihrer Vornahme, ohne daß es insoweit auf einen Rechtsfolgewillen ankommt. Die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte können daher auf die hier angesprochenen Willensäußerungen nur angewandt werden, wenn sie ihren Regelungsgrund nicht in dem Rechtsfolgewillen der Willenserklärungen haben.

Im Hinblick darauf können §§ 134, 138, 242 BGB als Grenzvorschriften für die Einwilligung und die vorsorgliche Willensäußerung herangezogen werden. [1)]

§ 134 BGB will die Innehaltung der Rechtsordnung sichern, indem er Rechtsgeschäfte schlechthin verhindert, die den Interessen der Allgemeinheit widersprechen. Dies erfolgt dadurch, daß die Rechtsgeschäfte entweder für unwirksam erklärt werden, indem man den Eintritt der Rechtsfolge versagt, oder schlechthin verboten werden. [2)] In beiden Fällen beruht der Regelungsgrund nicht auf dem Rechtsfolgewillen der Willenserklärung [3)], sondern auf dem erwähnten Sicherungsgedanken. In entsprechender Weise kann daher § 134 BGB auf Willensäußerungen Einfluß nehmen, indem er deren Vornahme für unwirksam erklärt oder die Äußerung insgesamt verbietet.

---

1) für die Einwilligung: ENNECCERUS-LEHMANN, S.931; ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1314; FISCHER, S.271 ff.(273); LARENZ SchR II, S.431; STAMMBERGER, S.25; v.TUHR II,2, S.469 f.; ZITELMANN, AcP 99 (1906),1 (66 ff.); im Strafrecht ist dies jedoch nicht unbestritten, vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 226a Rdn.5; a.A. BERZ, GA 69,145(150) m.w.Nw.

für das Willensmoment des § 683 BGB: SOERGEL-SIEBERT-MÜHL, § 679 Rdn.8; v.STAUDINGER-NIPPERDEY, § 679 Rdn.15 m.w.Nw.

2) ZITELMANN, AcP 99 (1906)1(66)

3) wie etwa bei § 119 BGB; vgl. oben S.92 Fußn. 1

§ 138 I BGB verfolgt den Zweck, das Rechtsleben von unsittlichen Rechtsgeschäften und den damit verbundenen Rechtsfolgen freizuhalten. So kann die Handlung selbst, auf die das Rechtsgeschäft hinzielt, rechtlich mißbilligt werden, die Parteien können etwas unter rechtlichen Zwang stellen wollen, was frei gewährt sittengemäß ist, und die Mißbilligung kann darin liegen, daß ein Entgelt für eine Handlung gegeben oder genommen wird, bei der nur die unentgeltliche Vornahme keinen Vorwurf verdient.[1] Dabei liegt es auf der Hand, daß wir es an dieser Stelle nur mit der ersten Art der Mißbilligung zu tun haben, da Willensäußerungen des Patienten zu ärztlichen Maßnahmen in Frage stehen. Es zeigt sich jedenfalls, daß § 138 I BGB generell bestimmte Rechtsfolgen verhindern möchte, ohne daß ein Anzeichen dafür gegeben, daß diese auf einem bestimmten Rechtsfolgewillen beruhen müssen. Der Regelungsgrund von § 138 BGB liegt daher nicht in dem Rechtsfolgewillen der Willenserklärungen, sondern in einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dessen Anwendung überdies niemals ausgeschlossen werden kann.[2]

Entsprechendes gilt für § 242 BGB. Treu und Glauben bilden ebenfalls ein unserer Rechtsordnung immanentes Prinzip, dessen Anwendbarkeit unabdingbar ist. Es beherrscht das gesamte Schuldverhältnis wie jede rechtliche Sonderverbindung und muß schon aus diesem Grund auch für Willensäußerungen im Arzt-Patienten-Verhältnis Gültigkeit haben.

---

1) ZITELMANN, AcP 99 (1906),1 (72 f.)

2) v.STAUDINGER-NIPPERDEY § 679 Rdn. 15 m.w.Nw.

A. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, § 134 BGB

Der Arzt-Patienten-Vertrag sowie Willensäußerungen im Sinne einer Einwilligung oder einer vorsorglichen Willensbetätigung gelten im Hinblick auf die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung als gesetzlich verboten i.S.v. § 134 BGB, wenn sie sich auf eine Handlung bzw. einen Erfolg richten, die unabhängig vom Willen der Parteien strafbar sind [1]. Denn der Zweck dieser Strafvorschriften fordert die Unwirksamkeit derartiger Rechtsgeschäfte bzw. Rechtshandlungen. Zwar wird in diesen Fällen in der Regel auch § 138 BGB als Nichtigkeitsgrund eingreifen, der aber gegenüber § 134 BGB noch ein vorwerfbares Verhalten der Beteiligten voraussetzt, soweit nicht der Inhalt des Rechtsgeschäftes schon sittenwidrig ist [2].

Welche Verbotsvorschrift i.S.d. § 134 BGB hier in Frage kommt, soll im folgenden an Hand der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung untersucht werden.

---

1) Insoweit hat § 134 BGB die Funktion einer Unwirksamkeitserklärung (vgl. ZITELMANN, AcP 99 (1906),1 (66 ff.), da die Rechtsordnung sich damit begnügt, Vertrag und Einwilligung für unwirksam zu erklären, wobei es ihr im übrigen gleichgültig ist, ob der Vertrag oder die Einwilligung vorgenommen werden oder nicht. Nicht der Vertrag oder die Einwilligung werden verboten, sondern die jeweilige Handlung bzw. der Erfolg. Den Gegensatz dazu bilden die gesetzlichen Verbote i.e. Sinn, die sich gegen die tatsächliche Vornahme des Rechtsgeschäfts richten, wie z.B. §§ 142 oder 259 StGB. Auf diese Unterscheidung einzugehen, erübrigt sich, da es bei der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung nur um die Handlung des Arztes bzw. den eingetretenen Erfolg geht.

Unklar in dieser Hinsicht ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1154, i.ü. FLUME, S.344 f.; LARENZ, AT S.426 f.

2) vgl. ERMAN-WESTERMANN, § 134 Anm.1. Zu den Ausnahmen, in denen §§ 134, 138 BGB nicht gleichzeitig zur Unwirksamkeit führen, vgl. RGZ 115,319(325 f.), sowie unten S.161 . Zur Frage der Sittenwidrigkeit des Inhalts eines Rechtsgeschäfts siehe unten S.188

.. Verkürzung erlöschenden Lebens

Die Lebensverkürzung wird im wesentlichen in den §§ 211 StGB geahndet. Vereinbart der Patient mit dem Arzt eine Lebensverkürzung oder äußert er sich entsprechend, so kommen § 213, 213, 216 StGB als gesetzliche Verbote i.S.v. § 134 BGB in Betracht. Sie unterscheiden sich dadurch, daß die Lebensverkürzung bei § 216 StGB im Gegensatz zu §§ 212, 213 StGB auf das Verlangen des Patienten erfolgt. Insoweit ist es gleichgültig, von wem die Initiative zu der Tat ausgegangen ist. Maßgebend für § 216 StGB ist nur, ob der Arzt zu der Hilfe beim Sterben des Patienten i.S.v. § 48 StGB "bestimmt", d.h. ob in ihm ein entsprechender Entschluß hervorgerufen wurde oder nicht. Denn § 216 StGB stellt sich seiner Natur nach als "Quasianstiftung" zur eigenen Tötung dar [1]. Für die Grenzen einer Selbstgestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung ist diese Differenzierung jedoch unerheblich, da es vom Einzelfall abhängt, ob ein "Verlangen" vorliegt oder nicht. Ausschließlich entscheidend ist vielmehr die Frage, ob eine rechtswidrige Tötung i.S. der §§ 212 ff. StGB zu bejahen ist.

) Sterbehilfe durch Begehen

Wird eine aktive ärztliche Sterbehilfe mit lebensverkürzender Wirkung vereinbart, so beschränkt sich diese auf die Hilfe beim Sterben und die Hilfe zum Sterben. Dabei sei daran erinnert, daß man unter der Hilfe beim Sterben diejenigen Maßnahmen versteht, mit denen der Arzt bei einem Todkranken durch schmerzlindernde Maßnahmen zwar das Leiden und Sterben des Patienten erleichtert, zugleich aber auch als ungewollte, aber in Kauf genommene Nebenwirkung eine geringe Lebensverkürzung bewirkt. Erforderlich sind unverkennbare Anzeichen eines baldigen Todes, obschon der

---

) DREHER, MDR 64,337(338); ähnlich SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 216 Rdn.5 ff.

Todeskampf noch nicht unbedingt begonnen zu haben braucht. Die Hilfe zum Sterben umfaßt dagegen alle ärztlichen Maßnahmen, die bei einem unheilbaren und unrettbaren Kranken, dessen genauer Todeszeitpunkt noch völlig ungewiß ist, den Tod möglichst schnell herbeiführen und als solche gewollt sind, um die Leiden des Patienten zu beenden [1].

a) Hilfe beim Sterben

aa) Tatbestand eines Tötungsdeliktes

Erstreckt sich die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung auf Hilfsmaßnahmen beim Sterben [2], so ist es schon fraglich, ob der Tatbestand einer Tötung i.S. der §§ 212 ff. StGB erfüllt ist. Die Rechtsprechung hat dazu bislang nicht Stellung genommen. Dagegen wird jene Frage im Schrifttum bis heute diskutiert, auch wenn sie nach der im Strafrecht herrschenden Aequivalenztheorie [3] zu bejahen ist. Denn hiernach wird der Tod des Patienten schon dann vom Arzt verursacht, wenn dieser ihn, obwohl latent vorhanden, nur beschleunigt.

Vor allem von BINDING-HOCHE [4] wurde die Hilfe beim Sterben begrifflich nicht als Tötungshandlung im Rechtssinne angesehen. Sie sei in Wahrheit eine reine Heilbehandlung, da

1) vgl. oben S. 68 f.

2) Obwohl die Schmerzlinderung das eigentliche Ziel der Hilfe beim Sterben ist, die Lebensverkürzung dagegen nur die unerwünschte, aber in Kauf genommene Nebenwirkung, wird dadurch die privatautonome Gestaltung nicht beeinflußt. Auch die Nebenwirkung der Lebensverkürzung, die nach der zugrundegelegten Begriffsbestimmung der "Hilfe beim Sterben" in der Regel eventual vorsätzlich verursacht wird, kann vertraglich unter dem Eventualgedanken vereinbart und durch die Einwilligung oder vorsorgliche Willensäußerung gebilligt werden.

3) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. Rdn.57 ff. m.w.Nw.

4) BINDING-HOCHE, S.17 f.

die sichere Todesursache definitiv gesetzt sei. Durch die schmerzlindernde ärztliche Maßnahme werde die Todesursache nur abgewandelt, sofern der Zeitunterschied zwischen dem infolge der Krankheit vorauszusehenden und dem durch das verordnete Mittel verursachten Tode nicht ins Gewicht falle. ENGISCH [1] vertritt in jüngerer Zeit eine ähnliche Ansicht, stellt aber nicht auf den Zeitunterschied zwischen erwartetem und tatsächlichem Todeseintritt ab, sondern geht vom Begriff der Heilbehandlung aus. Um des Heilzwecks willen dürften dabei gewisse Gefahren und Risiken in Kauf genommen werden, was aus dem Güterabwägungsprinzip folge. Die große Gefahr einer Lebensbedrohung müsse daher zugunsten der Schmerzlinderung in Kauf genommen werden und lasse den Tötungstatbestand infolge des Heilzweckes entfallen.

So sehr diese Betrachtung der Hilfe beim Sterben als Heilmaßnahme es ermöglicht, das Verhalten des Arztes gegenüber einem Sterbenden sowie die Art und die Motive der geleisteten Sterbehilfe nach spezifisch ethischen Prinzipien zu beurteilen, was vom Menschlichen gesehen überzeugend wäre, so würde sie dennoch den Arzt berechtigen, durch sein Eingreifen eine Todesursache zu setzen. Denn auch BINDING-HOCHE und ENGISCH leugnen nicht, daß streng logisch der Tod durch den Arzt herbeigeführt wird. Gerade diese Lebensverkürzung ist es, die rechtlich entscheidend bewertet wird. Daß der Tod kurze Zeit später infolge der Krankheit ebenfalls eingetreten wäre, ändert nichts daran, daß dann eine andere Ursache den Tod herbeigeführt hätte, während hier nur die ärztliche Maßnahme relevant ist [2].

---

1) in: Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, S.5 f.; JZ 64,37(38)

2) MAURACH, BT S.14; EB.SCHMIDT bei PONSOLD (2), S.12 f.

Das Argument, daß es sich nur um eine geringe Zeit der Lebensverkürzung handelt, die zu beachten pedantisch wäre [1], ist unbrauchbar, denn das Leben genießt zu jeder Zeit, auch wenn es schon vom Tod überschattet ist, den gleichen absoluten Rechtsschutz [2].

Auch die Auffassung, die Hilfe beim Sterben sei eine Heilbehandlung und als solche aus dem Güterabwägungsprinzip keine Tötung i.S. der §§ 212 ff. StGB, trifft nicht den Kern. Denn in Wahrheit wird der Heilerfolg nicht mehr erwartet, so daß der Eingriff auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Heilung oder Lebenserhaltung erfolgt, wie es generell bei ärztlichen Maßnahmen der Fall ist. Es kommt also darauf an, daß im Augenblick der Anwendung der Maßnahme eine objektive Heiltendenz vorhanden ist. Die Hilfe beim Sterben weist diese nicht auf. Denn bei ihr liegt eine bedingte "Lebensvernichtungstendenz" vor [3], da eine Lebensverkürzung, wenn auch unerwünscht, in Kauf genommen wird. Darin ist auch kein Widerspruch zu der Pflicht des Arztes zu sehen, die Schmerzen des Kranken zu lindern. Diese Pflicht besteht eben nur bei objektiver Heiltendenz.

Mit der h.M. [4] kann daher die Hilfe beim Sterben den objektiven Tötungstatbeständen nicht entzogen werden.

bb) Rechtswidrigkeit

Zusätzlich ist die Hilfe beim Sterben auf ihre Rechtswidrigkeit hin zu untersuchen, da § 134 BGB voraussetzt, daß sich das Rechtsgeschäft auf eine verbotene, d.h. tatbestandsmäßi-

---

1) BINDING-HOCHE, S.17

2) HAMMANN, S.149 f.; MAURACH, BT S.12

3) EB.SCHMIDT bei PONSOLD (2), S.13

4) BOCKELMANN, S.24; BUSCHENDORF, in "Die Euthanasie", S.43 (60); GOETZELER, Schweiz.Z.f.StrR.65 (1950),403 ff.(412); HAMMANN, S.150 f.; KOHLHAAS, S.108; MAURACH, BT S.14

ge und rechtswidrige Handlung erstreckt. Dabei darf der Wille des Kranken nicht zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit führen. Denn sonst gerät man in einen Zirkelschluß, da die Gültigkeit des Patientenwillens gerade zur Diskussion steht.

aaa) Der Wille des Sterbenden zur aktiven Lebensverkürzung hat in Form der Einwilligung keine unrechtsausschließende Wirkung [1]. Das gilt unabhängig davon, wer Träger des Rechtsgutes Leben ist [2]. Ist es die Gemeinschaft, so folgt die Unverzichtbarkeit schon daraus, ist es der einzelne Mensch, so geht sie aus § 216 StGB hervor, der sogar das Verlangen des Sterbenden, also eine gesteigerte Form der Einwilligung [3], nicht ausreichen läßt.

Das Gesetz negiert den Willen des Sterbenden allerdings nur im Hinblick auf aktive Lebensverkürzungen durch Dritte, indem es in § 216 StGB das unverbrüchliche Verbot bekräftigt, einen anderen aktiv zu töten, auch wenn dessen Verlangen oder Einwilligung vorliegen. Weitere Folgerungen sind § 216 StGB nicht zu entnehmen. Insbesondere kann aus dem Verbot, die eigene Tötung einem Dritten zu übertragen, nicht geschlossen werden, daß der Wille zur eigenen Tötung schlechthin negiert wird. So wird es bei einem Unterlassen ärztlicher Maßnahmen zu prüfen sein, ob der Wille des Sterbenden zur Lebensverkürzung nicht aus Gründen der Art.1 I,2 II GG wirksam ist und daher einer Pflicht des Arztes zur Lebenserhaltung entgegenstehen kann.

bbb) Dennoch erscheint es fraglich, ob dem Willen des Sterbenden zur aktiven Lebensverkürzung durch Dritte jegliche Bedeutung abgesprochen werden kann. So weist ihm

---

1) BUSCHENDORF a.a.O.; EBERMAYER, S.118; ENGISCH, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, S.13 f.; GEILEN, FamRZ 68,121(121)

2) MAURACH, BT S.12

3) siehe oben S. 114

BUSCHENDORF eine entscheidende Funktion im Rahmen des übergesetzlichen Notstandes in der Form der Mittel-Zweck-Theorie zu [1]. Der Zweck, die Minderung der Qualen, sei rechtlich billigenswert, ja sogar erwünscht. Obwohl die Einwilligung allein die Rechtswidrigkeit nicht beseitige, führe sie dazu, unter Berufung auf das Recht des Kranken zur Lebensgestaltung die Angemessenheit des Mittels zu bejahen.

Unabhängig davon, ob man den übergesetzlichen Notstand i.S. der Mittel-Zweck-Theorie, des Güterabwägungsprinzips oder des Interessenabwägungsprinzips auffaßt [2], ist diese Ansicht nicht haltbar [3]. Schon dem Zweck des ärztlichen Handelns fehlt die rechtliche Anerkennung. Denn die Minderung der Schmerzen und Qualen entspricht nur bei objektiver Heiltendenz dem rechtlich anerkannten Heilzweck. An dieser Heiltendenz fehlt es jedoch, wenn das Rechtsgut Leben vorhersehbar, aber unbeabsichtigt beeinträchtigt wird.

Innerhalb des übergesetzlichen Notstandes rechtfertigt zudem auch eine Abwägung des Werts des erlöschenden Lebens mit dem der Freiheit von Schmerzen und Qualen keine Verkürzung erlöschenden Lebens. Das Werturteil der kollidierenden Güter ist nämlich nach objektiven Gesichtspunkten zu ermitteln, wobei umso strengere Anforderungen zu stellen sind, je persönlichkeitsnäher das mit der in Frage stehenden Handlung beeinträchtigte Rechtsgut ist. [4] Das Strafrecht sieht in dem Leben einen Vorgang, dessen Abschnitte vom Beginn der Menschwerdung bis zum Todeseintritt gleichwertig sind,

---

1) in "Die Euthanasie", S.43(60 f.); KAUTZKY, in "Die Euthanasie", S.32(34)

2) vgl. dazu SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. zu § 51 Rdn.52; LENCKNER, S.51 ff. m.w.Nw.

3) Dabei soll nicht verkannt werden, daß die Einwilligung generell im Rahmen des übergesetzlichen Notstandes durchaus ihre Bedeutung hat, vgl. MÜNZBERG, S.310 ff.

4) HAMMANN, S.173

woraus der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes folgt. Jedem Leben, und damit auch dem erlöschenden, wird hier der Höchstwert eingeräumt, da eine Beeinträchtigung des Lebens mit empfindlichen, wenn nicht gar mit Höchststrafen geahndet wird. Will man nicht schon eine Güterabwägung im Bereich des Höchstwertes mangels Wertespannung überhaupt ablehnen [1], so ist es doch zumindest geboten, den Wert der Freiheit von Schmerzen und Qualen hinter den Wert des erlöschenden Lebens zurücktreten zu lassen. Es ergeben sich auch keine Unterschiede, wenn man nicht nur starr auf die abzuwägenden Güter abstellt, sondern eine Interessenabwägung im Sinne der Beachtung aller Umstände der konkreten Kollisionslage durchführt [2]. Denn der in §§ 211 ff. StGB aufgestellte Grundsatz des Lebensschutzes verlangt den Schutz erlöschenden Lebens gegenüber beeinträchtigendem Verhalten selbst dann, wenn der sicheren Beseitigung von Qualen die Gefahr einer in Kauf genommenen Lebensverkürzung gegenübersteht [3]. Schließlich widerspricht es dem in § 216 StGB ausgedrückten Gedanken, wenn man die Einwilligung des

---

1) HAMMANN, S.173

2) Auch der von BUSCHENDORF, in "Die Euthanasie", S.43 (61, Anm.33) erwähnte Beispielfall führt zu keinem anderen Ergebnis. Er ist der Ansicht, die Angemessenheit des Mittels fehle unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Einwilligung, wenn man dem Patienten eine letale Dosis geben wolle und deren Wirkung auch in Kauf nehme, obwohl der Patient ein solches Mittel nicht will, sondern lieber Schmerzen ertrage. In Wirklichkeit fehlt es hier schon an einer Notstandslage.

3) HAMMANN, S.173.
Die Einwilligung des Patienten in eine Lebensverkürzung hat im Rahmen des übergesetzlichen Notstandes allenfalls in den Fällen der medizinisch indizierten Tötung des in der Geburt befindlichen Kindes eine Bedeutung. Hier berechtigt das Mutterrecht die Patientin, die Tötung des Kindes zu verbieten, auch wenn davon ihre eigene Existenz abhängt. Insoweit handelt es sich aber nicht um einen Fall der Hilfe beim Sterben; vgl. dazu LENCKNER, S.279

Sterbenden zur Lebensverkürzung beim übergesetzlichen Notstand berücksichtigt.

Der Vorwurf von BUSCHENDORF, insoweit werde ein nicht situationsbezogenes Tötungsverbot vorausgesetzt [1], ist nicht stichhaltig. Das Tötungsverbot kann durchaus situationsbezogen sein, ohne daß die Hilfe beim Sterben gerechtfertigt sein muß. So wird es z.B. bei der Notwehr und nach Auffassung eines Teils des Schrifttums auch beim übergesetzlichen Notstand [2] durchbrochen, begründet durch die Verteidigung eines Rechts bzw. Rettung eines anderen Lebens. Entscheidend ist nur, daß wirklich zwingende Gründe vorliegen, die der besonderen Situation des Lebensschutzes gerecht werden. Das kann man bei § 53 StGB ohne Bedenken bejahen [3]. Hingegen erscheint es beim übergesetzlichen Notstand nur unter Vorbehalten als vertretbar, wenn Leben gegen Leben steht. Denn der Grundsatz des Lebensschutzes läßt sich nur im Hinblick auf ein Leben realisieren. Die Hilfe beim Sterben zählt jedoch nicht mehr zu dieser Ausnahme, zumal der hier zu berücksichtigende Wille des Sterbenden gem. § 216 StGB unbeachtlich ist.

Ähnlich wie BUSCHENDORF versucht auch GEILEN die Einwilligung zur Lebensverkürzung innerhalb der Mittel-Zweck-Relation zu berücksichtigen [4]. Allerdings beschränkt er sich ausschließlich auf den Fall, daß ein Moribunder, bei dem nur die genaue Todeszeitbestimmung unsicher ist, in eine prämortale Transplantation vorzeitig eingewilligt hat

---

1) in "Die Euthanasie", S.43(63)

2) LENCKNER, S.164, Anm.32

3) Voraussetzung ist insoweit, daß man mit der h.M. Art.2 MRK nur für das Verhältnis der Staatsgewalt zu den Bürgern gelten lassen will; vgl. JESCHECK, S.232 m.w.Nw.

4) FamRZ 68,121(121, Anm.1a)

(etwa für den Fall, daß die bioelektrische Aktivität nicht mehr nachweisbar und der für die sichere Todesdiagnose abzuwartende Beobachtungszeitraum noch nicht abgelaufen ist). Als praktisches Beispiel erwähnt er den Zusammenschluß potentieller Spender in Vereinen, die für diesen Eventualfall ihre "Einwilligung" in nachweisbarer Form erteilen. Zwar handelt es sich nicht um den typischen Fall der Hilfe beim Sterben, da nicht die Schmerzlinderung mit Lebensverkürzung als unbeabsichtigte Nebenfolge im Mittelpunkt steht. Gleichwohl kann die hier vorliegende Situation entsprechend behandelt werden. Denn der in Kürze erfolgende Todeseintritt wird unbeabsichtigt als Nebenfolge beschleunigt, nur daß im Gegensatz zu der typischen Hilfe beim Sterben altruistische Zwecke mit Willen des Moribunden verfolgt werden.

Mag dieser von GEILEN gewählte Ausgangspunkt eine Einschränkung gegenüber der Ansicht von BUSCHENDORF bedeuten und sich ethisch auf einer anderen Ebene bewegen, so rechtfertigt er dennoch nicht den von ihm vorgeschlagenen Lösungsweg. Denn die Bedenken, die gegen die Meinung von BUSCHENDORF vorgebracht wurden, können auch hier nicht überwunden werden.

ccc) Zum Ausschluß der Rechtswidrigkeit kommt ebensowenig die rechtfertigende Pflichtenkollision in Betracht. Dem Arzt kann aus den genannten Erwägungen keine Pflicht erwachsen, Linderungsmittel bei möglicher oder wahrscheinlicher Lebensverkürzung zu verabreichen, selbst wenn der Patient dies wünschen sollte.

ddd) Auch das unrechtsausschließende, erlaubte Risiko vermag nicht, die vom Patienten in Kauf genommene Hilfe beim Sterben zu rechtfertigen und damit der Rechtsfolge des § 134 BGB zu entziehen [1]. Denn das mit der ärztlichen

1) Der Gesichtspunkt der Sozialadaequanz scheidet insoweit aus, da die Hilfe beim Sterben nicht für die Gemeinschaft unentbehrlich ist; vgl. JESCHECK, S.264.

Maßnahme verbundene Risiko ist nur erlaubt, wenn dadurch die Rettung des gefährdeten Rechtsgutes beabsichtigt ist [1]. Wird statt dessen eine Lebensverkürzung, also die Verletzung des gefährdeten Rechtsgutes, wenn auch nur bedingt, in Kauf genommen, so tritt keine rechtfertigende Wirkung ein. Aus diesem Grunde kann auch die Hilfe beim Sterben nicht durch das Prinzip des erlaubten Risikos gestattet werden, da hier die Grenzen einer möglichen Lebensgefährdung zum Zwecke der Schmerzlinderung bedingt vorsätzlich überschritten werden. Der Wille des Patienten bleibt unbeachtlich, da er sich nicht auf die Lebensgefährdung, sondern auf die wahrscheinliche Lebensverletzung bezieht [2].

eee) Schließlich kann die Hilfe beim Sterben auch nicht aus einem Gewohnheitsrecht oder einem Berufsrecht der Ärzte gerechtfertigt werden [3]. Das Gewohnheitsrecht oder der Beruf des Arztes geben noch nicht einmal ein Recht zum ärztlichen Heileingriff, so daß eine Hilfsmaßnahme beim Sterben umso weniger gestattet ist.

Ist demzufolge die Hilfe beim Sterben als tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tötung i.S. der §§ 211 ff. StGB anzusehen [4], so muß auch eine diesbezügliche Vereinbarung, Einwilligung oder vorsorgliche Willensäußerung als gesetzlich

---

1) JESCHECK, S.265; HAMMANN, S.177 f.

2) Die Einwilligung in das Risiko kann durchaus das Maß des erlaubten Risikos erhöhen, auch wenn sie in die Verletzung selbst unbeachtlich wäre; HAMMANN, S.178

3) Vgl. dazu HAMMANN, S.17o, 179 m.w.Nw.

4) vgl. ärztlicherseits GRUBER, S.33; LANG, JR 53,54 (55); NIEDERMEYER, Ärztliche Ethik, S.26; a.A. ohne nähere Begründung KAUTZKY, Hochland 53 (196o/61)3o3(3o4)

vgl. auf juristischer Seite: BOCKELMANN, S.24; BUCHER, S.243 f.; GOETZELER, Schweiz.Z.f.StrR 65 (1950),4o3(412); HAMMANN, S.180; KOHLHAAS, S.1o8; MAURACH, BT S.14 f.; EB.SCHMIDT in PONSOLD, S.12 f.; a.A. jedoch ohne nähere Begründung HANACK, ÄM 1969,132o(1327)

verboten und damit als unwirksam gemäß § 134 BGB gelten. Mag dieses Ergebnis rein menschlich zum Teil auf Widerspruch stoßen, da es den verschiedenen kulturellen und ethischen Anschauungen zur Hilfe beim Sterben keine Entfaltungsmöglichkeit bietet [1], aufgrund der Wertung unserer Rechtsordnung ist es jedoch nicht zu verhindern.

b) Hilfe zum Sterben

Werden zwischen Arzt und Patient Maßnahmen vereinbart, die zum Zweck der Schmerzlinderung den Tod des Patienten anzielen, obwohl dessen Todeszeitpunkt noch nicht feststeht (Hilfe zum Sterben), so sind diese Übereinkünfte ebenso verboten und nach § 134 BGB nichtig wie entsprechende Willensäußerungen des Patienten. Auch hier liegt eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tötung i.S. der §§ 212 StGB vor. Denn es bleibt unbeachtlich, ob es sich bei dem Patienten um einen sterbenden Menschen handelt, dessen Leben um eine geringe Zeit verkürzt wird oder um einen unheilbar Kranken, dessen Todeszeitpunkt noch völlig ungewiß ist. In beiden Fällen wird der Tod des Patienten ungeachtet seines Willens (§ 216 StGB) rechtswidrig verursacht [2].

Allerdings ist insoweit von der straflosen Teilnahme am Selbstmord abzusehen, die voraussetzt, daß dem Patienten die freie Entscheidung über Leben und Tod bleibt [3]. Diese

---

1) v.KRESS, Deutsches medizinisches Journal 11 (1960), 545 ff. (547)

2) BOCKELMANN, S.24; EHRHARDT, in "Arzt und Recht", S.96 (98); ENGISCH, Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens, S.12; GOETZELER, Schweiz.Z.f.StrR 65 (1950), 403 (406 ff.); MAURACH, BT S.15; EB.SCHMIDT in PONSOLD, S.13 f.; a.A. BUSCHENDORF, in "Die Euthanasie", S.43 (61 ff.) mit den angeführten Begründungen.

3) so die h.M., vgl. ENGISCH, Festschrift f.H.Mayer, S.399 (411 ff.); MAURACH, BT S.40; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 216 Rdn. 17; abweichend BGHSt 19,135 (139 f.), der in den Fällen des einseitig fehlgeschlagenen Doppelselbstmordes auf die Tatherrschaft des Selbstmörders abstellt, und DREHER, MDR 64,337 (338), der nach § 216 bestraft, wenn der Selbst-

dürfte jedoch bei den üblichen Maßnahmen der Hilfe zum Sterben, wie Injektionen etc., nicht mehr gegeben sein, wohl aber bei der Verordnung von Medikamenten etc.

c) Zusammenfassung

Es hat sich mithin gezeigt, daß unsere Rechtsordnung dem Willen eines Patienten durch § 134 BGB die Wirksamkeit versagt, soweit er im Rahmen privatautonomer Gestaltung auf eine aktive Hilfe beim Sterben bzw. auf eine aktive Hilfe zum Sterben gerichtet ist. Die mit den beabsichtigten Maßnahmen der Sterbehilfe verbundene Lebensverkürzung wird tatbestandlich von den als Verbotsgesetzen in Frage kommenden §§ 212 ff. StGB erfaßt und nicht gerechtfertigt. Der verbreiteten Ansicht, daß zumindest eine aktive Hilfe beim Sterben keine rechtswidrige Tötung ist und folglich vereinbart werden kann, steht die eindeutige Wertung des Gesetzgebers gegenüber. Gem. §§ 212 ff. StGB ist eine noch so geringe und mit menschlich erwägenswerten Motiven bewirkte Lebensverkürzung eine Tötung, die trotz der Zustimmung des Patienten nicht zu rechtfertigen ist. Der in § 216 StGB ausgedrückte Gedanke hat nämlich zur Folge, daß der vom Patienten geäußerte Wille weder als Einwilligung noch im Rahmen eines übergesetzlichen Notstandes Berücksichtigung findet.

2) Sterbehilfe durch Unterlassen ärztlicher Maßnahmen i.S. fehlender Körperbewegung

a) Das Unterlassen ärztlicher Maßnahmen als Gegenstand privatautonomer Gestaltung

Wird zwischen Arzt und Patient statt einer aktiven Sterbehilfe vereinbart, ärztliches Eingreifen zum Zweck der Le-

---

mörder nur als Quasi-Anstifter zu seiner Tötung aufgetreten ist, dagegen straflose Selbstmordteilnahme bei zusätzlichem aktiven Tun des Selbstmörders annimmt.

bensverkürzung zu unterlassen, bzw. wird in solches Unterlassen direkt oder mutmaßlich eingewilligt, so ist man auf den ersten Blick geneigt, auch diese Willensäußerung insgesamt nach § 134 BGB für nichtig zu erklären, sofern eine Tötung durch Unterlassen rechtswidrig verursacht wird. Indessen differenziert man insoweit nicht in der gebotenen Weise zwischen Vertrag, Einwilligung und sonstiger Willensbetätigung.

aa) Fehlen eines Arzt-Patienten-Vertrages

Insbesondere in den Fällen, in denen der Arzt noch keine Behandlungsmaßnahmen eingeleitet hat, wird bei einer Vereinbarung über das Unterlassen ärztlicher Maßnahmen kein dahingehendes Vertragsverhältnis begründet. Zwar wäre eine solche zweiseitige Abrede theoretisch infolge der Vertragsfreiheit denkbar, doch wird es dazu nach dem normalerweise geäußerten Willen der Beteiligten nicht kommen.

bb) Aufhebungsvertrag im Rahmen eines Arzt-Patienten-Vertrags

Hingegen liegt es näher, die Vereinbarung eines solchen Unterlassens als Inhalt des vertraglichen Behandlungsverhältnisses anzusehen und § 134 BGB zu unterwerfen, wenn sie im Rahmen einer schon begonnenen Behandlung erfolgt. Gleichwohl bleibt zu beachten, daß die Behandlung als eine Pflicht des Arzt-Patienten-Vertrages Gegenstand des auf sie bezogenen Schuldverhältnisses im engeren Sinn ist [1], die Unterlassung lebensrettender oder leidensverlängernder Maßnahmen

1) Daneben können selbstverständlich andere Pflichten im Rahmen des Arzt-Patienten-Vertrages vereinbart bleiben, wie solche, die Unterkunft und Verpflegung bei einer Behandlung im Krankenhaus betreffen. Denn der Arzt-Patienten-Vertrag beinhaltet als Schuldverhältnis im weiteren Sinn grundsätzlich mehrere gegenseitige Pflichtenkomplexe.

aber gerade das Gegenteil einer Behandlung ist. Die Konstruktion eines Schuldverhältnisses im engeren Sinn, das sowohl die Behandlung als auch das Nichteingreifen des Arztes mit dem Ziel der Lebensverkürzung zum Gegenstand hat, ist demnach nicht möglich. Das Verhalten der Beteiligten ist bei einer Übereinkunft über das Unterlassen ärztlicher Maßnahmen nach §§ 133, 157 BGB vielmehr dahin zu deuten, daß hinsichtlich des Schuldverhältnisses, das die Behandlungsverpflichtung und deren Gegenleistung zum Gegenstand hat, ein Aufhebungsvertrag (contrarius consensus) abgeschlossen wird, so daß ein auf Unterlassen gerichtetes Schuldverhältnis nicht mehr entsteht [1]. Unterläßt etwa der Arzt auf Wunsch eines von ihm behandelten unheilbaren Krebskranken eine Bluttransfusion, die durch Arrosion einer Arterie infolge der Krebsgeschwulst oder durch allmählich eintretende Anämie infolge der Allgemeinwirkung der Geschwulst erforderlich wird, so entspricht nur die zweiseitige Aufhebung der Behandlungsverpflichtungen dem geäußerten Willen.

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob der Aufhebungsvertrag den Grenzen der Privatautonomie und damit auch § 134 BGB unterliegt oder nicht. R.SCHMIDT verneint sie

---

1) Ein Erlaßvertrag nach § 397 BGB scheidet aus, da das gesamte Schuldverhältnis im Zusammenhang mit der Behandlung, also auch die vorgesehene Gegenleistung von dem Aufhebungsvertrag betroffen ist, während sich der Erlaßvertrag immer nur auf eine einzelne, konkrete Forderung erstreckt, d.h. auf ein Schuldverhältnis i.e.S. (vgl. ERMAN-WESTERMANN, § 397, 1; SOERGEL-SIEBERT-SCHMIDT, § 305 Rdn. 2). Desgleichen scheidet eine konkludente Kündigung als Konstruktionsmöglichkeit aus, die sich auf den gesamten Arzt-Patienten-Vertrag, nicht aber auf das die Behandlung betreffende Schuldverhältnis erstrecken würde.

m.E. zu Unrecht. [1] Sinn einer Begrenzung der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie ist es, daß nicht alle erdenklichen Ordnungsinhalte abstrakt gebilligt, sondern nur diejenigen Regelungen zugelassen werden, die den gesetzlichen Ordnungsvorstellungen entsprechen [2]. Ein Grund, den Aufhebungsvertrag schlechthin als zulässig anzusehen, ist jedoch nicht ersichtlich und wird auch nicht von R.SCHMIDT angeführt.

Die vertragliche Aufhebung der Behandlungspflicht richtet sich als solche zwar nicht auf das Unterlassen lebensrettender oder leidensverlängernder Maßnahmen, sondern nur auf die Aufhebung der jeweiligen Behandlungspflicht. Gleichwohl ist das Unterlassen dieser Maßnahmen eine zwangsläufige Folge der Behandlungseinstellung. Die Wirksamkeit einer vertraglichen Aufhebung der Behandlungspflicht kann daher im Rahmen von § 134 BGB auch an Normen gemessen werden, die ein ärztliches Eingreifen gebieten, sei es in Form von echten oder unechten Unterlassungsdelikten. Welche strafrechtlichen Gebote hier in Frage kommen, bleibt noch zu erörtern, wenn geklärt ist, ob auch die Einwilligung und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Patienten auf das Unterlassen der ärztlichen Maßnahmen gerichtet sind und damit der Grenzvorschrift des § 134 BGB unterliegen.

cc) Verweigerung einer Einwilligung

Eine Einwilligung in das Nichteingreifen des Arztes, die an Hand von § 134 BGB zu beurteilen wäre [3], erteilt der Patient nicht. Vielmehr wird eine Einwilligung in weitere ärztliche

---

1) in SOERGEL-SIEBERT § 3o5 Rdn 2
2) vgl. v.HIPPEL, S.11o f.
3) KREUZER, Anm.257

Maßnahmen verweigert, z.B. wenn ein unheilbar Krebskranker in einem Zweikampf eine Stichverletzung erleidet und vom zufällig anwesenden Arzt keine lebensverlängernde Transfusion wünscht.

dd) Wirklicher oder mutmaßlicher Wille

Das in der verweigerten Einwilligung zum Ausdruck kommende Willensmoment stellt jedoch je nach dem Zeitpunkt der Äußerung den wirklichen Willen des Patienten dar oder indiziert dessen mutmaßlichen Willen, die beide in § 683 BGB von Bedeutung sind. Mithin qualifiziert es den ärztlichen Eingriff, der außerhalb eines Vertragsverhältnisses trotz Weigerung des Patienten erfolgt als unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag, sofern es beachtlich ist. Außerdem hat es als Indiz für den mutmaßlichen Willen des Patienten Einfluß auf die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Eingriffs, und es spielt generell in dem oben dargelegten Rahmen eine Rolle bei der Begründung der Zumutbarkeit oder Unzumutbarkeit ärztlicher Pflichterfüllung. Ob dieses Willensmoment beachtlich ist, ergibt sich aus den generellen Grenzen der Privatautonomie, so daß auch hier, wie beim Aufhebungsvertrag § 134 BGB Anwendung findet.

b) Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB

Die "irksamkeit des mutmaßlichen oder wirklichen Patientenwillens findet ebenso wie die eines contrarius consensus bezüglich der Behandlung gemäß § 134 BGB ihre Grenze, wenn "gesetzliche Verbote" im Sinne dieser Vorschrift vorliegen. Da hier aber ärztliches Unterlassen in Frage steht, können nur Gebotstatbestände Anwendung finden, d.h. Normen, die das ärztliche Eingreifen (in Form echter oder unechter Unterlassungsdelikte) gebieten. Zur Vermeidung eines Zirkelschlusses ist jedoch erneut zu beachten, daß der Wille des Patienten nicht zum Ausschluß des Unrechtstatbestandes der

betreffenden Rechtsnormen führen darf.

Legt man §§ 212 ff. StGB zugrunde [1], so ist die entscheidende Frage, wann das ärztliche Unterlassen dem positiven Tun tatbestandlich gleichgestellt werden kann. Es wird generell die Existenz einer Pflicht zur Lebenserhaltung in Form einer besonderen Garantenpflicht vorausgesetzt, die nicht nur sozialethischer Natur, sondern rechtlich verfestigt sein muß.[2] Es hat sich aber gezeigt, daß gerade die aus einer Garantenstellung begründete Rechtspflicht zur Lebenserhaltung ihre Grenze unter anderem in der Zumutbarkeit ärztlicher Pflichterfüllung findet, d.h. aus einer Wertung, in welcher der Wille des Patienten zu beachten ist. Damit wird deutlich, daß der Unrechtstatbestand des in Frage kommenden "Verbots"-Gesetzes i.S.v. § 134 BGB vom Willen des Patienten abhängt.[3]

Das gleiche gilt, wenn man § 330 c StGB als "gesetzliches Verbot" in § 134 BGB zugrundelegt, da im Tatbestand dieser Vorschrift die Zumutbarkeit ärztlicher Pflichterfüllung ebenfalls vorausgesetzt wird.[4]

---

1) Allerdings ist § 216 StGB auszuscheiden. Der Patient verlangt nicht, daß ein anderer ihn tötet, sondern er verweigert nur die Einwilligung in weitere Maßnahmen, vgl. auch KREUZER Anm.257.

2) vgl. oben S.35 f.

3) Eine weitere Willensabhängigkeit folgt aus der u.a. möglichen Garantenstellung einer tatsächlichen Übernahme der Sorge für bestimmte Rechtsgüter; vgl. JESCHECK, S.415; RGSt 64,81(84). Aus dem jener Garantenstellung zugrundeliegenden Vertrauensgedanken folgt nämlich, daß die Rechtspflicht des Arztes erst endet, wenn der Patient den Rechtsgüterschutz und die Gefahrenüberwachung durch Verweigerung der Einwilligung wieder in die eigene Hand nimmt; vgl. STREE in H.MAYER-Festschrift; KOHLHAAS, DMW 65,318(318 f.) übersieht diesen Gedanken und kommt daher zu einem anderen Ergebnis.

4) Außerdem hängt § 330 c StGB auch insoweit vom Willen des Patienten ab, als der in ihm vorausgesetzte "Unglücksfall" nur bei einem vom Betroffenen ungewollten Schadensereignis vorliegt; i.e. streitig; vgl. KREUZER, S.50 mw.Nw.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 330 c, Rdn.7.

Wollte man die Gültigkeit des Patientenwillens in Frage stellen, geriete man in den schon angedeuteten Zirkelschluß. Um ihn zu vermeiden, ist es daher erforderlich, § 134 BGB als Grenzvorschrift der privatautonomen Gestaltung ärztlichen Unterlassens auszuscheiden und nur § 138 I BGB, d.h. die guten Sitten als Maßstab anzuwenden.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, daß der Patient auch das Unterlassen ärztlichen Eingreifens zum Zwecke der Lebensverkürzung privatautonom erwirken kann. Schließt er hinsichtlich einer vereinbarten Behandlungsverpflichtung einen Aufhebungsvertrag, so ist das Unterlassen ärztlicher Maßnahmen dessen zwangsläufige Folge. Liegt aber ein Behandlungsvertrag nicht oder nicht mehr vor, so ist die Äußerung des Patienten als wirklicher oder mutmaßlicher Wille des Patienten anzusehen. Die Grenze dieser privatautonomen Gestaltungsformen ergibt sich nicht aus § 134 BGB, da die in Frage kommenden Gebotsnormen vom Willen des Patienten abhängen, dessen Wirksamkeit hier zu prüfen ist.

3) Sterbehilfe durch aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung

a) Einfluß der strafrechtlichen Bewertung auf die Beschränkung der verschiedenen privatautonomen Gestaltungsformen durch § 134 BGB

Besondere Aktualität kommt heute dem Absetzen einer künstlichen Beatmung, künstlichen Herztätigkeit oder einer Bluttransfusion in den Fällen der Aussichtslosigkeit zu, d.h. dann, wenn eine Behandlung den Zustand körperlicher Unversehrtheit nicht wieder erreichen kann. Da dies nicht mehr durch ausschließliches Untätigbleiben möglich ist, sondern infolge der Technisierung ein aktives ärztliches Eingreifen

erfordert, taucht auf straf- und deliktsrechtlichem Gebiet die Frage auf, ob das ärztliche Verhalten als positive Tötung oder als Unterlassen der Weiterbehandlung zu werten ist.
Jene strafrechtliche Problematik beeinflußt wiederum die Beschränkung der verschiedenen privatautonomen Gestaltungsformen, mit denen ein Patient den aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung verlangen kann.

Im Gegensatz zu der Übereinkunft, ärztliche Maßnahmen passiv zu unterlassen, wird hier nicht nur ein Schuldverhältnis aufgehoben. Die Beteiligten begründen im Rahmen des Aufhebungsvertrages zusätzlich die vertragliche Pflicht, die Behandlung aktiv abzubrechen, da ansonsten der Aufhebungsvertrag ohne Sinn ist. Die Zulässigkeit dieser Vereinbarung hängt im Hinblick auf § 134 BGB in Verbindung mit §§ 212 ff.; 330 c StGB davon ab, ob strafrechtlich an ein Tun oder Unterlassen angeknüpft wird. Sieht man nämlich die beim aktiven Abbruch entfaltete körperliche Aktivität als Begehungstat an, so führt an dem rechtlichen Verbot einer entsprechenden Vereinbarung kein Weg vorbei. Bezieht sich die strafrechtliche Bewertung aber auf ein Unterlassen, d.h. auf die Nichtvornahme einer weiteren Behandlung, so ändert sich das Bild. Der aktive Abbruch ist dann strafrechtlich kein Anknüpfungspunkt, so daß auch kein Begehungstatbestand als Verbotsgesetz zur Anwendung gelangen kann. Unterlassungstatbestände hinsichtlich der gleichfalls vereinbarten Unterlassung weiterer Behandlung scheiden dagegen zur Vermeidung des oben dargelegten Zirkelschlusses aus.
Im Hinblick auf die Einwilligung in das aktive Absetzen sowie die entsprechende vorsorgliche Willensäußerung gilt dasselbe. Deren Wirksamkeit hängt bei Anwendung des § 134 BGB ebenfalls von der strafrechtlichen Bewertung des ärztlichen Eingriffs ab.
Nimmt das Strafrecht ein Unterlassen an, so kann nicht einmal der auf das Unterlassen ärztlichen Eingreifens gerichtete wirkliche oder mutmaßliche Wille des Patienten an

den erwähnten Gebotsnormen in Verbindung mit § 134 BGB gemessen werden, da man sonst einem Zirkelschluß unterliegt.

Obwohl man damit den aktiven Abbruch als Gegenstand einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung bzw. einer Willensäußerung ansieht, ist man nicht gehindert, in der strafrechtlichen Bewertung beim Behandlungsabbruch ein Unterlassen in den Vordergrund zu stellen. Die Einheit der Rechtsordnung würde nicht durchbrochen. Denn das Strafrecht käme lediglich zu dem Ergebnis, daß dem Arzt ein Unterlassen zur Last falle. Es ließe jedoch nicht das Tun zu einem Unterlassen werden [1].

b) Strafrechtliche Bewertung des ärztlichen Verhaltens

aa) Die Körperbewegung

Grenzt man Begehen und Unterlassen ausschließlich nach dem Merkmal der Körperbewegung ab, so gewinnt man ein Kriterium, das nur das äußerlich Sichtbare des menschlichen Verhaltens für maßgeblich erklärt und dementsprechend eine wertfreie Entscheidung zuläßt [2]. Trotz der Eindeutigkeit eines solchen Maßstabs wird damit nicht genügend berücksichtigt, daß es sich bei der rechtlichen Zuordnung des Behandlungsabbruchs wie generell jedes menschlichen Verhaltens zu einem Tun oder Unterlassen um ein normatives Problem handelt, welches im Ergebnis nicht zwingend den naturalistischen "Handlungs"formen folgen muß.

Rechtsprechung und Schrifttum befürworten daher Abgrenzungstheorien, die in der Forderung nach wertender Unterscheidung der Handlungsformen übereinstimmen, im übrigen aber eigene Wege gehen.

---

1) ROXIN, in Festschrift f.Engisch, S.380 (383); SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. Rdn. 95

2) Nachweise bei EB.SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S.79 Anm.33

bb) Wertungstheorien

aaa) Die Rechtsprechung [1] und die wohl h.M. im Schrifttum [2] stehen auf dem Standpunkt, der im Einzelfall zu ermittelnde soziale Sinngehalt menschlichen Verhaltens entscheide darüber, ob ein Tun oder Unterlassen vorliege. Sofern eine aussichtslose Behandlung aktiv abgebrochen werde, sei danach - sofern überhaupt Stellung genommen wird - an das Unterlassen weiterer ärztlicher Maßnahmen anzuknüpfen. Der Grund für die Bewertung nach dem sozialen Sinn liege darin, daß das Recht nicht "beliebig aus dem Geschehensganzen isolierbare Körperbewegungen zuzüglich irgendwelcher kausal mit ihnen verbundener Veränderungen in der Außenwelt" bewerte, sondern menschliche Handlungen [3]. Da sie Verhaltensweisen mit sozialer Sinnhaftigkeit seien, müsse sich auch der soziale Sinn bei der Unterscheidung der beiden Verhaltensweisen bewähren. Terminologisch differenziert wird diese Ansicht noch dadurch, daß man z.T. nicht den sozialen Sinn, sondern die rechtliche Vorwerfbarkeit in den Mittelpunkt stellt [4]. Oder es wird der Lösung

---

1) BGHSt 6,46(59); OLG Stuttgart, FamRZ 1959,74

2) EXNER, Frank-Festgabe I, S.569 (586); GEILEN, JZ 68,145 (151); HANACK, ÄM 1969, 1320(1325); LACKNER-MASSEN, Vorbem.1 II 1b; RANFT, JuS 1963, 34o (344); EB.SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S.75 ff.

3) EB.SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S.75. Er sieht sogar das Problem des mißglückten Heileingriffs unter dem Gesichtspunkt der unechten Unterlassungsdelikte, das in seiner Tragweite viel umfassender ist als der Behandlungsabbruch; vgl. EB.SCHMIDT, a.a.O., S.79: "Nicht das positive Tätigwerden des Arztes, das in seinen Operationsmaßnahmen sichtbar wird und das mit dem unglücklichen Ausgang selbstverständlich im Kausalzusammenhang steht, bietet uns den Anknüpfungspunkt ..... Vielmehr ist es die Tatsache, daß der Arzt bei seinem Heileingriff die mit diesem auftretenden Gefahren nicht wirksam bekämpft, daß er also deren Realisierung ..... nicht abgewendet hat."

4) MEZGER-BLEI, AT S.79 f.; ähnlich SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. Rdn. 95

der Vorzug gegeben, "die den bei Begehung und Unterlassung häufig verschieden gearteten Unrechtsgehalt der Tat voll ausschöpft" [1].

Mag gegen diese Lehre auch eingewandt werden, daß in sich so undifferenzierte und konkretisierungsbedürftige Merkmale wie der soziale Sinn nicht imstande seien, eine genaue Unterscheidung zu ermöglichen, so fragt es sich dennoch, ob andere Kriterien eine exaktere Wertung zulassen.

bbb) Ein Teil des Schrifttums betont mit unterschiedlicher Begründung die Vorrangigkeit des positiven Tuns, ohne allerdings die hier zur Diskussion stehende Frage des Abbruchs einer aussichtslosen Heilbehandlung zu erwähnen.

So bewerten SPENDEL und ARTHUR KAUFMANN ein Verhalten, das sowohl als Tun wie auch als Unterlassen erscheint, im Zweifel als Tun [2]. Ärztliche Handlungen, die den Abbruch einer Behandlung bewirken und zum Tod führen (z.B. das Absetzen einer künstlichen Beatmung) stellen danach immer eine Tötung durch Begehen dar. Der Grund soll darin liegen, daß das Strafrecht in erster Linie an sozialschädliches Handeln und nicht an Unterlassen anknüpft [3] bzw. daß der soziale Handlungssinn auf dem positiven Tun liegt [4]. Gleichwohl kann daraus nicht die Vorrangigkeit des positiven Tuns hergeleitet werden. Denn es ist gerade die Frage, ob das Recht an Tun oder Unterlassen anknüpft, die mit der Behauptung, daß im Zweifel das Tun vorrangig sei, noch nicht hinreichend beantwortet ist. Zwar mag es in einzelnen Fällen so sein, doch gibt dieses Prinzip keine allgemein gültige Ant-

---

1) MAURACH, AT S.494

2) SPENDEL, in Eb. Schmidt-Festschr., S.183(194); ARTHUR KAUFMANN, in Eb. Schmidt-Festschr., S.200(212)

3) SPENDEL, in Eb. Schmidt-Festschr., S.183(194)

4) ARTHUR KAUFMANN, in Eb. Schmidt-Festschr., S.200(212)

wort. Faßt man es aber als solches auf, so ist es dem Vorwurf des Formalismus zu Recht ausgesetzt [1].

Im Hinblick auf den Abbruch einer aussichtslosen Heilbehandlung kommt BÖHM zu einem ähnlichen Ergebnis [2]. Er begründet die Vorrangigkeit des aktiven Tuns aus Konkurrenzgedanken. Zunächst trennt er den in Betracht kommenden Handlungskomplex in Teilakte der Körperbewegung und Körperruhe und prüft jeden davon auf seine strafrechtliche Relevanz. Falls sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen nebeneinander einen Straftatbestand objektiv und subjektiv erfüllen, müsse das Unterlassen als mitbestrafte Vor- oder Nachtat behandelt werden, da es den geringeren Unrechtsgehalt aufweise. Insoweit ist ebenfalls der Vorwurf des Formalismus gerechtfertigt. Denn der Unrechtsgehalt des Unterlassens kann nur durch eine Wertung ermittelt werden, nicht aber durch die formale Behauptung der Geringerwertigkeit.

ccc) Versteht man wie BAUMANN rückblickend vom Erfolg die nächste selbständige Ursache als entscheidenden Anknüpfungspunkt [3], so ist auch damit kein differenzierteres Merkmal als der soziale Sinn gefunden. Vielmehr bleibt hier ebenfalls offen, welcher Aspekt die rechtliche Beurteilung des Verhaltens auf seine Nähe und Selbständigkeit bestimmt, was nur durch wertende Betrachtung ermittelt werden kann.

ddd) Im Anschluß an ENGISCH [4] versucht neuerdings WELP die streitige Abgrenzungsfrage mit Hilfe des körperlichen Energiemoments zu lösen [5], ohne dabei aber die leitenden

---

1) RANFT, JuS 1964, 34o (344)

2) S. 18 ff.

3) AT, S. 188 f.

4) MonSchrKrimPsych. 3o (1939), 414 (424)

5) S. 11o ff.; Die Interferenz-Energie genügt ihm insoweit als bloßes Internum des denkenden Menschen nicht. (S. 11, Anm. 97)

Wert- und Zweckgesichtspunkte zu übersehen. Vielmehr sei das vordergründig Sichtbare geeignet, den sozialen Sinn zu bestimmen. Er versteht Handeln als diejenige Verhaltensform, "durch die positive Energie in Richtung auf ein Gut eingesetzt wird, während Unterlassen als dasjenige Verhalten gilt, bei dem eine solche Energie gegenüber einem anderweit in Gang gesetzten Kausalverlauf nicht aufgebracht wird" [1]. Denn entweder verursache der Mensch Erfolge in der Weise, daß er durch Freisetzung körperlicher Energie Kausalverläufe in Gang setze oder abändere. Oder verhalte er sich gegenüber anderen Kausalverlaufen bei möglicher Kenntnis seiner Interventionsmöglichkeiten rein passiv.

Mag dieses Kriterium auch zu einer erkennbaren Konkretisierung des sozialen Sinns führen, ersetzen kann es diesen nicht. Das sieht auch WELP, wenn er die von ihm getroffene Unterscheidung als gekünstelt und lebensfremd bezeichnet, soweit die körperliche Energie durch technische Vorkehrungen potenziert wird. Nur ist er der Ansicht, daß sich für das Ergebnis kein Unterschied ergebe. In dem von ihm angeführten Beispiel mag WELP Recht behalten: Wird ein Mensch durch eine in Gang gesetzte elektrische Kreissäge verletzt, so ist es im Ergebnis belanglos, ob diese durch einmaliges Umlegen eines Kippschalters in Gang gesetzt oder durch kontinuierlichen Druck auf einen Knopf in Gang gehalten wurde. Im ersten Fall, einem fahrlässigen Unterlassungsdelikt des Betreuers der Maschine, ergebe sich die Erfolgsabwendungspflicht aus dem vorangegangenen Tun, im zweiten Fall, einem fahrlässigen Begehungsdelikt ergebe sich die Sorgfaltspflicht aus dem "neminem laede" [2]. Hingegen unterscheiden sich die Ergebnisse in der hier angesprochenen Situation des Abbruchs

---

1) WELP, S.111 Anm.37

2) WELP, S.113 ff.

einer aussichtslosen Heilbehandlung. Wird die Behandlung infolge des Einsatzes technischer Geräte aktiv abgebrochen, so liegt objektiv eine Tötung durch Tun vor, bricht der Arzt dagegen eine herkömmliche, aussichtslose Behandlung durch Passivität ab, so bedarf es zusätzlich einer Garantenpflicht zum Tätigwerden, um den Arzt wegen einer Tötung zu verantworten. Diese Pflicht besteht aber nicht mit jener Selbstverständlichkeit, mit der WELP in seinem Beispielsfall die Erfolgsabwendungspflicht begründet [1]. Beruht sie z.B. auf der tatsächlichen Übernahme der Gewähr, so ist sie wie hier vom Willen des Berechtigten abhängig. Dieser braucht in den Fällen der passiven Tötung nicht schlechthin unbeachtlich zu sein, da nicht die Vorschrift des § 216 StGB entgegensteht. Folglich müßte auch WELP auf allgemeine Wertgesichtspunkte, wie den sozialen Sinn, zurückgreifen [2], es sei denn, er sähe die hier infolge technischer Vorkehrungen eintretenden Unstimmigkeiten für lebensnah, ungekünstelt und gerechtfertigt an.

cc) Kausalität

JESCHECK unterscheidet Unterlassen und Begehen, indem er die Kausalität des Begehens in den Vordergrund rückt [3]. Soweit

1) vgl. dazu oben S.137

2) Denn insoweit steht weder die Problematik der eine "soziale Sinneinheit" bildenden Verhaltenskomplexe (nach WELP, S.116 ff. "Sukzession der Verhaltensformen") noch die Doppeldeutigkeit fahrlässigen Verhaltens (nach WELP, S.118 ff. "Koinzidenz der Verhaltensformen") zur Erörterung.

3) Lb. S.401; ähnlich WELZEL, S.203 f., der die Abgrenzung von Tun und Unterlassen ausschließlich als Kausalitätsproblem auffaßt und bei Doppeldeutigkeit nach Konkurrenzgrundsätzen entscheidet. Ebenso BOCKELMANN, S.125 Anm.45.

ARMIN KAUFMANN, S.195 ff., insbesondere S.203 stellt auch auf die Kausalität ab, die wie bei WELZEL infolge des von ihm vertretenen Finalismus zweckgesteuert sein muß. Allerdings behandelt Armin Kaufmann den Abbruch einer eigenen Rettungskausalität und damit die hier in Frage stehenden Fälle analog § 46 Ziff.2 StGB; siehe dazu unten S. 140 f.

jemand einen Erfolg durch ein objektiv tatbestandsmäßiges Tun verursacht habe, sei dieses der maßgebliche Anknüpfungspunkt. Erst wenn feststehe, daß dieses sozialadaequat, rechtmäßig oder schuldlos sei, müsse weiter geprügt werden, ob der Täter ein zu erwartendes positives Tun, durch das der Erfolg abgewendet worden wäre, unterlassen habe.

Nicht erwähnt wird dabei, daß sich hier nur der Gegenstand der Wertung verschiebt. Während die h.M. das Verhalten nach seinem sozialen Sinn darauf untersucht, ob es ein Tun oder Unterlassen ist, erfolgt hier die Wertung innerhalb der Frage der Rechtswidrigkeit oder der Schuld. Allerdings ist dabei der Wertungsspielraum nicht mehr derselbe wie bei der Frage nach dem sozialen Sinn. Gerade der Abbruch der aussichtslosen Behandlung zeigt, daß andere Maßstäbe gelten. Bezüglich der Rechtfertigung gelten dieselben Grundsätze, die bei der aktiven Hilfe beim Sterben entwickelt wurden. Erst die Frage der Schuld gestattet in den eng begrenzten übergesetzlichen Notstandsfällen [1], die Strafbarkeit des Arztes abzulehnen und das Gebiet der Unterlassungsdelikte zu betreten. In diesem Zusammenhang soll nicht übersehen werden, daß die Anwendung des übergesetzlichen entschuldigenden Notstands zu der Gefahr eines "vordergründigen Utilitarismus" führen kann [2]. Denn zur Begründung einer Kollisionslage ist immerhin die Abwägung zweier Leben erforderlich, so daß der Gedanke des Lebenswertes nicht zu umgehen ist. Eine Wertung des Verhaltens als Unterlassen ohne Rücksicht auf die mögliche Kausalität ist dieser Gefahr nicht ausgesetzt, sofern man die Verhaltensbewertung nicht generell als utilitaristisch bezeichnet.

---

1) soweit man sie als Entschuldigungsgründe ansieht, wie z.B. WELZEL, S.185; a.A. BOCKELMANN, S.113, der auch ausdrücklich im Abbruch einer aussichtslosen Behandlung eine aktive Tötung sieht.

2) GEILEN, FamRZ. 1968,121(122, Anm.1a). GEILEN bevorzugt daher auch die von der h.M. vertretene Unterlassungslösung.

Nicht zuletzt begegnen der Auffassung von JESCHECK Bedenken, weil auch er zu formal das Kriterium der echten Kausalität bei Begehungsdelikten als allein maßgeblich betont. Dieses mag in der Mehrzahl der Fälle auf den sozialen Sinn eines Verhaltens Einfluß haben, doch kann daraus kein verallgemeinernder Schluß gezogen werden. Das würde darauf hinauslaufen, daß man nur die ontische Qualität eines Verhaltens für relevant hält [1], während doch das normative Element der Verhaltensabgrenzung als notwendig erkannt wurde. Gerade der aktive Abbruch einer aussichtslosen Behandlung durch den Arzt zeigt wie alle Fälle des Abbruchs einer eigenen Rettungskausalität, daß nur allgemeine Wertmaßstäbe wie der soziale Sinn oder der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit zu einer interessengerechten Abgrenzung von Begehen und Unterlassen führen können.

So wird von ARMIN KAUFMANN, der ähnlich wie JESCHECK generell die zweckgesteuerte Kausalität als entscheidendes Kriterium ansieht, der abgebrochene Versuch der Gebotsfüllung anders behandelt [2], was wiederum zu Erwägungen führt, die letztlich auf die Frage nach dem sozialen Sinn hinauslaufen. Dabei ist zu beachten, daß Armin Kaufmann die unechten Unterlassungen nicht dem Tatbestand der Begehungsdelikte, sondern einem selbständigen ungeschriebenen Garantengebotstatbestand unterstellt [3]. Er wendet hier bezüglich der Gebotserfüllung in Fortführung seines "Umkehrprinzips" § 43 StGB "mit umgekehrten Vorzeichen" an und faßt insoweit den Abbruch der eigenen, nicht vollendeten, Rettungskausalität als Analogon zu § 46 Ziff.2 StGB auf. Die Erfüllung eines Gebots verlange eine Handlung, die hier aber erfolglos bleibe, da der bezweckte Er-

---

1) ROXIN, in Festschr.f.Engisch, 380 (393)

2) S. 108 ff.

3) ARMIN KAUFMANN, S.239 ff.; ebenso WELZEL, S.210

folg infolge der eigenen Abbruchshandlung nicht erreicht werde. Die Situation sei dieselbe wie bei anfänglichem Untätigbleiben. Daher sei das Tun, wenn es sich als Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch darstelle, unter den Tatbestand des Unterlassungsdeliktes zu subsumieren, dessen Gebot durch das aktive Eingreifen vereitelt werde. Allerdings sei zu betonen, daß die Gebotserfüllung nicht über das Versuchsstadium hinaus fortgeschritten sein dürfe. In der Tat zeigt sich hier, daß letztlich nicht die Kausalität, sondern der soziale Sinn eines Verhaltens die richtige Antwort auf die Frage nach dem Tun oder Unterlassen gibt, da nur diesem zu entnehmen ist, ob ein Rücktritt vom Gebotserfüllungsversuch oder aber schon die Verletzung eines Verbotstatbestandes vorliegt.

dd) Unterlassung durch Begehen

ROXIN [1] wertet neuerdings den aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung als Unterlassen der Weiterbehandlung, indem er auf die von v.OVERBECK [2] begründete Rechtsfigur der "Unterlassung durch Begehen" zurückgreift. Dabei handele es sich um den Verstoß gegen eine Gebotsnorm, also primär um ein Unterlassungsdelikt, das jedoch nicht wie sonst durch ein Nichttun, sondern ausnahmsweise durch ein positives Tun verübt werde. Diese Ausnahmesituation gelte unter anderem für den hier in Frage stehenden Abbruch einer eigenen Rettungskausalität, da der Handelnde seinen eigenen Rettungsversuch rückgängig mache. Positiver und negativer Energieeinsatz heben einander auf, so daß der Arzt nicht

---

1) ROXIN, in Festschrift f.Engisch, 380 ff., insbes. 395 ff.

2) GS 88 (1922),319 ff.;
anerkannt wurde diese Rechtsfigur i.ü. durch ANDROULAKIS, S.152 ff.; BERTEL, JZ 65,53 ff.; MEYER-BAHLBURG, GA 68,49 ff.; RANFT, JuS 63,340 ff.; a.A. ENGISCH, JZ 62,189(191) jedoch ohne nähere Begründung, ebenso ARMIN KAUFMANN, S.195 ff.(203); allerdings nicht für die hier diskutierte Situation.

anders zu behandeln sei, als ein von vornherein Rettungsunwilliger. Die von ARMIN KAUFMANN vorgeschlagene analoge Anwendung des § 46 Ziff.2 StGB treffe den Kern, selbst wenn dieser im übrigen Unterlassungen, begangen durch aktives Tun, ablehne.

Auch hinter ROXINs Auffassung verbirgt sich indessen die Frage nach dem sozialen Sinn eines Verhaltens. Roxin beantwortet sie generell für bestimmte Fallgruppen, ohne daß hierdurch ein anderes Abgrenzungskriterium zwischen positivem Tun und Unterlassen eingeführt wird.

ee) Stellungnahme

Demnach ist die Schlußfolgerung gerechtfertigt, daß die soziale Sinnhaftigkeit des menschlichen Verhaltens als prinzipielles Unterscheidungsmerkmal zwischen Tun und Unterlassen nicht durch andere Kriterien verdrängt werden kann. Insbesondere in der von WELP angeführten und hier erörterten Situation, in der körperliche Energie durch technische Vorkehrungen potenziert wird, kann die soziale Sinnbedeutung des menschlichen Verhaltens eine andere sein, als die naturalistische Betrachtung vermuten läßt. Infolge der Konkretisierungsbedürftigkeit des sozialen Sinns sollten allerdings solche Differenzierungsversuche berücksichtigt werden, die nicht nur formal eine Verhaltensweise überbetonen, sondern für den konkreten Fall eine kontrollierbare Argumentationsgrundlage bieten. Dabei verdienen für den aktiven Abbruch einer aussichtslosen Heilbehandlung besonders die von ARMIN KAUFMANN entwickelten und von ROXIN im Grundsatz fortgeführten Vorstellungen Beachtung [1].

1) Die von ENGISCH und WELP vorgeschlagene Lösung, die auf die körperliche Energie abstellt, führt hier dagegen nicht weiter, es sei denn, man faßt die beim Absetzen des Geräts aufgewandte Energie als negative Energie gegenüber derjenigen auf, die beim Einschalten positiv eingesetzt wurde. So wohl ROXIN in Festschrift f. Engisch, S.380(383), jedoch nicht mit Bezug auf ENGISCH und WELP.

Allerdings fragt es sich, ob man dem Ausgangspunkt von ARMIN KAUFMANN folgt, der Begehungsdelikte und Garantengebotstatbestände streng trennt und mit der analogen Anwendung des § 46 Ziff.2 StGB den abgebrochenen Versuch einer Garantengebotserfüllung als Unterlassen qualifiziert. Zwingend notwendig ist das nicht. Denn dieser Gedanke kann auch ohne die erwähnte Trennung hilfsweise der Bewertung eines Verhaltens als "Unterlassung durch Begehen" dienen [1]. Entscheidend kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, wie man die Struktur der unechten Unterlassungsdelikte auffaßt. Sind sie gegenüber den Begehungsdelikten selbständige Garantengebotstatbestände, so ist ARMIN KAUFMANNs Ansicht nur konsequent. Zieht man diesen Schluß nicht [2], so wird man zu einer ausdrücklichen Bewertung jeder Verhaltensweise gezwungen und kann den von ARMIN KAUFMANN entwickelten Grundsatz nur als Bewertungshilfe heranziehen. Letztlich betrifft diese Frage die strafrechtlich dogmatische Einordnung der Unterlassungsdelikte, die für das Problem des gesetzlichen Verbots eines aktiven Abbruchs einer aussichtslosen Behandlung ohne Bedeutung ist. Dieser kann nach beiden Auffassungen als Unterlassen qualifiziert werden [3].

---

1) Dabei soll nicht verkannt werden, daß letztlich auch die Frage, ob ein Versuch einer Gebotserfüllung i.S. von ARMIN KAUFMANN vorliegt, eine Wertung voraussetzt. Der Unterschied liegt nur darin, daß sich hier die Wertung ausschließlich auf das Verhalten bezieht, bei ARMIN KAUFMANN (vgl. S.3o5) dagegen zusätzlich auf die Garantenstellung.

2) so spricht v. OVERBECK, GS 88 (1922), 319(335) ausdrücklich vom "Kommissivdelikt durch Unterlassung durch Begehen", während ROXIN, in Festschrift f.Engisch, S.380 (381) es in Frage stellt, ob es Begehungsdelikte durch Unterlassen oder nur Unterlassungsdelikte und als solche Unterlassungen durch Begehen gibt.

3) so auch BERTEL, JZ 65, 55 Anm.16a

BOCKELMANN gibt noch zu bedenken, daß eine Tötungshandlung ohne Zweifel immer dann vorliege, wenn ein Dritter, aus welchen Motiven auch immer, den Apparat abstelle, um das Ende des Sterbenden zu beschleunigen.

Daraus ergebe sich die Folge, daß für den Arzt nichts anderes gelten könne [1]. Gleichwohl kann die zugrundegelegte Lösung nicht in Zweifel gezogen werden. Die Besonderheit des aktiven Behandlungsabbruchs durch den Arzt ist es gerade, daß der Arzt eine eigene Rettungskausalität rückgängig macht, da er nur dann einem ursprünglich Rettungsunwilligen gleichgestellt werden kann. Im übrigen sieht auch eine analoge Anwendung des § 46 Ziff.2 StGB vor, daß der Versuch der Gebotserfüllung nur durch den Versuchenden selbst abgebrochen werden kann. Ansonsten liegt entweder kein Garantengebotstatbestand i.S. von ARMIN KAUFMANN [2] oder kein Rücktritt i.S. von § 46 Ziff.2 StGB vor.

c) Zusammenfassung

Für den aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung hat sich demnach als Ergebnis gezeigt, daß vom Strafrecht nicht die körperliche Aktivität des Arztes, sondern das Unterlassen der Weiterbehandlung entscheidend bewertet wird. § 134 BGB scheidet jedoch als Grenzvorschrift der privatautonomen Gestaltung ärztlichen Unterlassens aus. Als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB kommen nämlich infolge der strafrechtlichen Bewertung des ärztlichen Verhaltens nur solche Vorschriften in Betracht, die dem Arzt eine Weiterbehandlung gebieten. Solche Gebotsnormen hängen aber vom Willen des Patienten ab, dessen Wirksamkeit hier gerade untersucht wird. Vielmehr findet der auf eine lebensver-

1) Strafrecht des Arztes, S.125 Anm.45
2) z.B. wenn ein völlig Fremder den Apparat abstellt.

kürzende Sterbehilfe gerichtete Wille des Patienten an § 134 BGB nur seine Grenze, wenn eine aktive Hilfe beim Sterben bzw. eine aktive Hilfe zum Sterben vereinbart wird.

II. Künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens

Infolge der Fortschritte der modernen Medizin, die zu einer Neubesinnung über die Begriffe Leben und Tod geführt haben, ist es möglich geworden, das Leben künstlich zu reaktivieren und zu verlängern, obwohl der Körper des Patienten selbst dazu nicht mehr in der Lage ist. Soweit zwischen Arzt und Patient eine Abrede über derartige Verlängerungsmaßnahmen getroffen und darin direkt oder mutmaßlich eingewilligt wird, ist kein gesetzliches Verbot ersichtlich, das der Wirksamkeit entgegenstehen könnte. Das gilt auch dann, wenn die Lebensverlängerung medizinisch als sinnlos erscheint, etwa nach schweren Unfällen mit irreparablen Körperschäden oder im Endzustand einer schweren Krankheit. Denn eine Verlängerung des Lebens verstößt niemals gegen das Gesetz.

B. Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 I BGB

Die Grenzen der einseitig und zweiseitig privatautonomen Einflußnahme des Patienten auf die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung ergeben sich nicht nur aus rechtlichen Verbotsgesetzen in Verbindung mit § 134 BGB. Darüber hinaus werden der Rechtsgestaltung des einzelnen Schranken durch die guten Sitten, § 138 I BGB, gesetzt. Insoweit ist es nicht möglich, in Form einer normalen Subsumtion festzustellen, ob ein Rechtsgeschäft, eine Einwilligung oder ein vorsorglich geäußerter Wille sittenwidrig ist. Denn mit § 138 I BGB liegt keine Gesetzesvorschrift in ihrer Regelform zugrunde, die selbst die Bewertungsfaktoren vollständig angibt. Vielmehr verweist § 138 I BGB mit den guten

tten auf außergesetzliche Wertmaßstäbe, welche als fest-
hend unterstellt werden. Der Richter hat diese zu ermit-
n und ist an sie bei der Lösung des Einzelfalles gebun-
1).

t man die privatautonome Gestaltung der ärztlichen
icht zur Lebenserhaltung an den guten Sitten, so muß man
ähnlicher Weise vorgehen. Zunächst werden in allgemeiner
m die Wertmaßstäbe ermittelt, die bei Ausfüllung der
en Sitten anzuwenden sind. (vgl. I) Da es sich, wie der
rminus "gute Sitten" schon sagt, um ethische Maßstäbe
delt, sollen schon hier diejenigen ethischen Sollensvor-
llungen ermittelt und in Beziehung zu den guten Sitten
setzt werden, die insbesondere das Arzt-Patienten-Ver-
tnis generell bestimmen und pauschal mit "ärztlichem
ndesethos" bezeichnet werden. Zu berücksichtigen bleibt
bei, daß im Streitfall der Richter diese Wertmaßstäbe
stzustellen sowie anzuwenden hat und sich in diesem Zu-
mmenhang der Frage ausgesetzt sehen kann, wie er seine
tscheidung bei einer Kollision verschiedener Wertvorstel-
ngen zu treffen hat. (vgl. II) Außerdem ist auch der Be-
gspunkt der Wertung bei § 138 I BGB zu untersuchen (vgl.III).

st nach Beantwortung dieser Fragen kann die privatautono-
Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung
rch den Patienten im einzelnen an den guten Sitten ge-
ssen werden. (vgl. IV)

Die guten Sitten als konkretisierungsbedürftiger Maßstab

Die verschiedenen Auslegungen des Begriffs der guten Sitten

Die Motive des BGB

Erörterung des heutigen § 826 BGB umschrieben die Moti-

---

1) WESTERMANN, Interessenkollisionen, S.5

ve des BGB eine Handlungsweise dann als "sittenwidrig", wenn sie "den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" widersprach [1]. Es wurde also auf die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden über das Anständige, d.h. das sittliche Empfinden oder die Sittlichkeit verwiesen [2]. Eine solche Deutung des "Anstandsgefühls" entsprach durchaus der damaligen allgemeinen Ansicht [3] und ging aus den Materialien hervor [4], obwohl in den Beratungen der Antrag abgelehnt wurde, statt "gegen die guten Sitten" "wider die Sittlichkeit" zu verwenden [5]. Die Formulierung "Anstandsgefühl" verfolgte nur den Zweck, daß der Begriff "unsittlich" nicht zu eng wie bei den Sittlichkeitsdelikten des StGB aufgefaßt werden konnte.

b) Die guten Sitten in der Rechtsprechung

Das RGZ geht in seiner Grundsatzentscheidung davon aus, daß es sich bei der Frage der Sittenwidrigkeit um eine Rechtsfrage handelt [6]. Daraus wird gefolgert, daß die Sittenwidrigkeit nicht schlechthin von empirisch festzustellenden Meinungen abhängig ist, sondern daß nur die Merkmale, in denen die Sittenwidrigkeit gesehen wird, z.B. die jeweilige Gestaltung des Arzt-Patienten-Vertrages, tatsächlicher Feststellung bedürfen, während das Gericht das Werturteil "sittenwidrig" fällt.

Im übrigen nimmt das RGZ, was die Auslegung des Begriffs

---

1) Mot. in MUGDAN Bd.2, 727

2) ARZT S.3

3) vgl. ARZT, S.4 mit näheren Nachweisen in Anm.12

4) MUGDAN Bd.1, S.11 f.

5) Protokolle in MUGDAN Bd.1, S.725

6) RGZ 48,114(124) (Urteil des 6.ZS); vgl. auch RGZ 130,1 (5)

der guten Sitten anbelangt, in Anlehnung an die Motive Stellung, indem es ausführt, der Richter habe den Maßstab für den Begriff der guten Sitten "aus dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, 'dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden'" [1]. Die damit aufgestellten Grundsätze hat das RGZ oft in anderen Worten ausgedrückt und erläutert, sie aber nie ausdrücklich geändert. So versucht es, den Kreis der billig und gerecht Denkenden zu konkretisieren und einen Maßstab darüber zu gewinnen, was die im Volke tatsächlich herrschende Ansicht ist, indem es fordert, daß die Gerichte den Kenntnissen und Anschauungen des Durchschnittsmenschen gerecht werden müssen, um nicht den rechtsgeschäftlichen Verkehr durch Überforderungen zu lähmen. Das sei nur möglich, wenn ein "allgemeiner, gewissermaßen durchschnittlicher Maßstab"angelegt und die Ansicht der zu niedrig oder zu vornehm Denkenden ausgeschieden werde [2]. Erforderlich sei insoweit, die Anschauungen nur des Volkskreises zugrundezulegen, dem die beteiligten Personen angehören [3], bzw. nur diejenigen durchschnittlichen Anforderungen zu stellen, die der Verkehr für die Wahrung von Redlichkeit und Anstand zugrundelegt [4]. Wenn das RGZ in einigen Entscheidungen von Sitte oder Moral spricht, so soll damit keine neue Aussage, sondern nur die Feststellung getroffen werden, die Bestimmung der Sittenwidrigkeit habe an Hand eines objektiv feststellbaren Maßstabes zu geschehen [5]. Das läßt sich durchaus an den jeweiligen Formulierungen bestätigen, die zum einen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden mit dem "in der Sitte, in der Übung zutage tretende(n) Empfinden der Volksgenossen,

---

1) RGZ 48,114(124)

2) RGZ 55,367(373); RGZ 58,214(217); ähnlich die Rechtsprechung zu dem allgemeinen Anstandsbegriff RGZ 1o4, 327 (33o); 12o,144(148); 129,357(381); vgl. auch ARZT, S.17 f.

3) RGZ 48,114(124)

4) RGZ 1o4,327(33o); RGZ JW 1936,33o8 (Leitsatz)

5) SIMITIS, S.7

gemessen an einem durchschnittlichen Maßstab" [1] gleichsetzen, zum anderen den Maßstab der guten Sitten in der "im deutschen Volke anerkannte(n) Moral" [2] sehen. Ebensowenig wird die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden modifiziert, wenn das RGZ die Sittenwidrigkeit ausschließlich aus der Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts [3] bzw. aus einem Verstoß gegen das Sittengesetz [4] begründet. In der Regel war hier die Sittenwidrigkeit evident [5], so daß ein Rückgriff auf die ursprünglichen Grundsätze und damit eine Beantwortung der Frage vermieden wurde, ob die Sittlichkeit oder das Sittengesetz schlechthin im herrschenden Volksbewußtsein Ausdruck finden kann [6].

Zu der Frage der Wandelbarkeit der guten Sitten und dem damit zusammenhängenden Problem, ob die wechselnden ethischen Anschauungen durch das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden relativiert werden können, hat das RGZ dahingehend Stellung genommen, daß es die Wandelbarkeit bzw. die Relativität der guten Sitten bejaht [7]. Gleichwohl geht es nicht darauf ein, wieweit diese Relativität reicht, ob es z.B. eine untere Grenze bezüglich des Durchschnittsmaßes an Redlichkeit gebe, die nicht mehr zu überschreiten sei. Insoweit bleibt ebenfalls unerörtert, in welchem Verhältnis die Ansicht des erkennenden Gerichts zu der der billig und gerecht Denkenden steht.

Auch der BGHZ gibt zu diesen Fragen keine Antwort. Er

---

1) RGZ 8o,219(221)

2) RGZ JW 19o4,256(257)

3) RGZ 63,367(371); 133,388(393)

4) RGZ 1o9,137(144)

5) so vor allem in den Bordellentscheidungen RGZ 63,346 (353); 68,97(99); 71,192(194) u.s.f.

6) ARZT, S.17

7) RGZ 46,177(178); 147,1(7)

knüpft an die traditionelle Formel der reichsgerichtlichen Rechtsprechung an [1] und konkretisiert diese zum Teil in ähnlicher Weise. Wenn er auch nicht vom gesunden Volksempfinden und den allgemeinen Anstandsbegriffen spricht [2], so greift er dennoch auf das Durchschnittsmaß zurück, wenn er verlangt, daß "vor allem die Anschauungen der in Betracht kommenden beteiligten Kreise ... zu berücksichtigen (sind), wobei das Durchschnittsmaß an Redlichkeit und Anstand zugrunde zu legen ist" [3].

Allerdings wird in jüngster Zeit der Hinweis auf die Ausprägungen der Anstandsformel meist unterlassen und statt dessen die Nichtigkeit gem. § 138 I BGB schlicht daraus hergeleitet, daß das Rechtsgeschäft in seinem sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtbild unsittlich ist [4]. Entscheidend dürfte das in der Erkenntnis begründet liegen, daß es keine allgemeingültigen Regeln gibt, sondern die Wertung nur aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu treffen ist [5].

Eine Abweichung des BGHZ von der Rechtsprechung des RGZ ist indessen darin zu sehen, daß der BGHZ zunehmend auf absolute Werte Bezug nimmt. So wird die Sittenwidrigkeit "vom Standpunkt des Sittengesetzes" her beurteilt [6], oder es wird auf die "sittliche Wertung des Verhaltens" [7], die

---

1) BGHZ 1o,228(233); 13,71(77); 17,327(332); 19,12(17); 2o,43(5o); 2o,71(73 f.); 22,347(357); 34,169(176)

2) dafür zieht der BGH das "allgemeine Gebot der guten Sitten" heran, vgl. BGHZ 15,382(389); oder erklärt den Verstoß gegen die Belange der Gemeinschaft für maßgeblich, vgl. BGHZ 34,169(177); 36,395(397 f.).

3) grundlegend BGHZ 1o,228(232); ähnlich BGHZ 41,151(154 f.); 51,55(59)

4) BGHZ 34,169(176); 43,46(5o); BGH NJW 68,932(934) im Anschluß an das RG, das diese Formel aber nicht in den Mittelpunkt stellte; vgl. RGZ 56,229(231); RGZ 15o,1(3)

5) BGHZ NJW 64,764(764); 68,932(934)

6) BGHZ 12,3o8(32o)

7) BGH LM 138 C d Nr.7

"sittliche Ordnung" [1], das "sittliche Bewußtsein aller billig und gerecht Denkenden" [2] bzw. den "Grad des sittlichen Makels" [3] eines Rechtsgeschäftes abgestellt.

Parallel hierzu weist der BGHZ auf die Beachtung wahrer innerer Gerechtigkeit hin, da sich das Gesetz durch Mißbilligung der Sittenwidrigkeit die Vorschriften der Moral unmittelbar zu eigen mache [4], oder er läßt bei Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise den Widerspruch mit der Billigkeit für die Sittenwidrigkeit genügen. [5] [6]

Trotz dieser Vielzahl der von der Judikatur verwandten Kriterien bestimmt die Rechtsprechung in Zivilsachen jedoch nicht näher, was sie letztlich unter der Sittenwidrigkeit versteht [7]. Vielmehr gewinnt man den Eindruck, als ob die

---

1) BGHZ 2o,71(74)

2) BGHZ 2o,71(74)

3) BGH NJW 68,932(934)

4) BGHZ 17,327(332); ähnlich 10,228(232); 23,175(181)

5) BGHZ 51,55(59)

6) Unerwähnt bleiben im Text die vereinzelten Entscheidungen, die die Anstandsformel auf ein Mehrheitsvotum und dessen Verwurzelung in demokratischem Gedankengut zurückführen, vgl. OVG Berlin JZ 55,272 ff.(275); ähnlich BVerwGE 1o,164 ff. (167); bzw. LG Flensburg, NJW 1953, 1432(1432), das auf die "Üblichkeit" abstellt. Die Zuhilfenahme der demokratischen Grundauffassung bei Ausfüllung der guten Sitten ist nicht möglich, da diese sich nur auf politische Grundsatzfragen beschränkt, zu denen die Anstandsformel nicht zählt; vgl. ARZT S.65 ff., 71, der im übrigen dem demokratischen Mehrheitsgedanken bei der theoretischen Grundlegung der Anstandsformel eine zu große Bedeutung beimißt, zumal auch im zivilrechtlichen Schrifttum niemand dieser Ansicht zuneigt.

7) Über das von der strafrechtlichen Rechtsprechung hervorgehobene Verhältnis von Recht und Ethik vgl. unten S.177 ff.

Gerichte nach der Feststellung des Sachverhalts den jeweiligen Tatbestand für sittenwidrig erklären, ohne dies näher zu begründen, mag auch das damit erlangte Ergebnis kaum anzuzweifeln sein.

c) Die Auslegung des Begriffs der guten Sitten durch das Schrifttum

aa) Die guten Sitten als durchschnittliche Moral

Die Rechtslehre, die den Begriff der guten Sitten ebenso wie die Rechtsprechung als rechtlich nachprüfbaren Rechtsbegriff auffaßt [1], sieht in § 138 I BGB überwiegend eine Verweisung auf die Vorschriften der Moral, d.h. das Sittlichkeitsgesetz [2], sei es direkt, sei es über die von der Rechtsprechung verwandte Anstandsformel. Die Frage, was unter Sittlichkeit und Moral verstanden werden soll, wird insoweit, wenn überhaupt,nur kurz behandelt [3]. So wird darunter in der Regel nicht das innere Sittengesetz verstanden, "das den Einklang des äußeren Verhaltens mit der inneren seelischen Einstellung fordert", sondern die im Volk tatsächlich geübte Rechtsmoral und die sich aus ihr

1) ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1164 f.; ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.1o; LARENZ, AT S.432; PALANDT-DANCKELMANN, § 138 Anm.1e; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 138 Rdn.2; v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.23

2) von den älteren Vertretern vgl. vor allem FISCHER, S.77; LOTMAR, S.64 ff.; OERTMANN, § 138 B I a; v.TUHR II,2, S.22 f.; WEIGELIN, ARWP 8 (1914/1915), 321 ff.(328 f.)

für das heute überwiegende Schrifttum vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, S.956; ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.5; FLUME, S.363 ff.; LEHMANN-HÜBNER, S.199; PALANDT-DANCKELMANN, § 138 Anm.1, a,b; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 138 Rdn.2; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 826 Rdn.6
Mit Einschränkungen (vgl. dazu unten S.156 ff) auch ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1165; LARENZ, AT S.428 ff.; v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.3

3) Der Trennung von Sittlichkeit und Moral, wie PAWLOWSKI, ARSP 5o(1964),5o3(513 ff.) sie durchführt, wird hier nicht gefolgt. Letztlich handelt es sich insoweit um

ergebenden Durchschnittsanforderungen [1]. Die Rechtsmoral sei eine dem "Wesen des Rechts adaptierte Moral" [2], die sich damit begnügen müsse, "durch Versagung des Rechtsschutzes ein Minimum von sittlicher Handlungsweise im rechtlichen Verkehr zu erzwingen" [3]. Der Grund dafür liege darin, daß Recht und reine Sittlichkeit grundsätzlich wesensverschieden voneinander seien, gleichwohl aber das Recht einer Vervollkommnung bzw. Verfeinerung durch die Sittlichkeit bedürfe [4].

Ein Widerspruch zu denjenigen Auffassungen, die in der Moral ausschließlich das innere Sittengesetz sehen, das sich vornehmlich an die Gesinnung des Menschen richtet, ist nicht ersichtlich [5]. Zwar wird gemeinhin unter der Moral die reine oder strenge Ethik im Sinne von Kant verstanden, die nicht wie die Sitte als Anforderung von außen (Gesellschaft, soziale Gruppe etc.), sondern als Forderung des eigenen Gewissens um der eigenen moralischen Selbstachtung willen gestellt wird. Sie gilt also "autonom" und gebietet unbedingt, bzw. "kategorisch", um mit den Worten Kants zu sprechen [6]. Ihr Verlangen stellt sich demnach um ihrer selbst willen, weil es so richtig ist, befolgt zu werden, nicht aber um einen Vorteil zu erlangen oder Nachteile zu vermeiden, wie es bei der Sitte und beim Recht der Fall ist [7]. Auch erscheint die von der h.M. dem Begriff der

---

eine terminologische Frage, da PAWLOWSKI, a.a.O. die Sittlichkeit in dem hier verstandenen Sinne, Moral in dem unten S. 154 ausgedrückten Sinn einer Sozialmoral versteht.

1) FISCHER, S.69,77; LEHMANN-HÜBNER, S.199; v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.3

2) FISCHER, S.77

3) v.TUHR II,2, S.22 f.

4) O.v.GIERKE, Logos 6,211(242 f.)

5) so zu Unrecht SIMITIS, S.17

6) KANT, S.43, 64

7) LARENZ, AT S.41 ff.

guten Sitten gegebene Deutung insoweit widersprüchlich, als diese die Gültigkeit der Moral von der Anerkennung durch die Durchschnittsmenschen abhängen läßt.
Doch bleibt dabei unberücksichtigt, daß es zwischen der reinen Ethik (Moral) und der Sitte ein Zwischenglied gibt, das unterschiedlich als "herrschende Moral" [1] oder als "Sozialmoral" [2] bezeichnet wird. Es handelt sich hier um die gemeinsame Überzeugung eines Teils von Gruppenangehörigen, daß ihre Gebote ethisch richtig, daher auch moralische Gebote sind [3]. Diese Sozialmoral ist eine abgeschwächte Form der reinen Ethik, da ihre Forderungen zwar aus eigener innerer Überzeugung bejaht werden, die Überzeugung sich aber mit der der Gruppenangehörigen identifiziert. Dagegen handelt es sich um ein Mehr gegenüber der Sitte, die als objektiver Brauch der Angehörigen eines bestimmten Lebenskreises nicht subjektiv wie die Sozialmoral fundiert ist, obwohl die innere Überzeugung von ihrer Richtigkeit meist ebenfalls vorliegt [4]. LARENZ [5] präzisiert das dahingehend, daß die Anforderungen der Sozialmoral "dem einzelnen primär als solche entgegentreten, die nicht sein eigenes Gewissen stellt, sondern die andere (die Gesellschaft, die soziale Gruppe) an ihn stellen". Der einzelne identifiziere sich zwar zumeist mit ihr und bejahe daher auch die Forderungen der Sozialmoral aus eigener Überzeugung. Er könne sich aber auch in seinem Gewissen in Gegensatz zur (gerade) herrschenden Moral fühlen, wobei dann die eigene Gewissensentscheidung den Vorrang habe. Die Moral als Durchschnittsmoral, mit der die überwiegende Meinung im Schrifttum die guten Sitten im Sinne von § 138 I BGB ausfüllt, stellt also

---

1) LARENZ, AT S.42
2) HENKEL, S.133 ff.
3) LARENZ, AT S.42
4) vgl. dazu ausführlich HENKEL, S.115 ff., 128 ff.
5) LARENZ, AT S.42

formelhaft ausgedrückt "objektive Sittlichkeit" [1], d.h. Sozialmoral dar, so daß ihre Gültigkeit widerspruchslos von der Anerkennung der Durchschnittsmenschen abhängen kann.

Eine nähere Konkretisierung derjenigen moralischen Grundsätze, die im Volk tatsächlich anerkannt sind, also der Durchschnittsmoral, gibt allerdings die herrschende Meinung der Rechtslehre ebensowenig wie die Rechtsprechung im Hinblick auf die von ihr verwandte Anstandsformel. Das Schrifttum verweist ebenso wie die Judikatur auf die Wandelbarkeit des Sittenbegriffs und die damit verbundene Möglichkeit einer Verschiebung der Wertung [2]. Es betont im übrigen, daß infolge der Eigenart des § 138 I BGB als Generalklausel die Umstände des Einzelfalls bestimmend sind [3].

Soweit der überwiegenden Ansicht der Rechtslehre dadurch widersprochen wird, daß man in der Sitte [4] oder dem Anstand [5] den Maßstab zur Bestimmung der guten Sitten sieht, wird in der Regel eine Unterscheidung von Sitte, Moral und Anstand zugrundegelegt, die den Begriff der herrschenden Moral oder Sozialmoral nicht kennt [6]. Daher ist es verständlich, daß nicht die Moral im Sinne der reinen Ethik Kants zur Ausfüllung der guten Sitten herangezogen wird, da

---

1) LARENZ, AT S.42 im Anschluß an HEGEL

2) ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.1; v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.6

3) ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.1

4) BÜRGER, S.22 ff.

5) HAGEN, Gruchots Beiträge 52 (1908),497 (510)

6) IHERING, Zweck im Recht, Bd.II, S.16 ff.

diese als Forderung des eigenen Gewissens ausschließlich auf der subjektiven Selbstachtung des Menschen beruht. Vielmehr wird insoweit die Sitte [1], aber auch der Anstand [2] in einem Sinne verwandt, welcher dem der oben dargestellten Sozialmoral entspricht [3]. Die Gegensätze zur herrschenden Meinung sind folglich nur auf terminologische Unklarheiten zurückzuführen und in der Sache nicht existent [4].

bb) Differenzierungen der Durchschnittsmoral

Wenn die herrschende Meinung im Schrifttum neuerdings von LARENZ dahingehend berichtigt wird, daß unter den guten Sitten nicht nur die herrschende Moral sondern auch die der Rechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmaßstäbe zu verstehen seien [5], so handelt es sich dabei nicht um eine grundlegende Neuheit. Denn schon die Begründung einer Drittwirkung der Grundrechte über die Generalklauseln des BGB, wie es die herrschende Meinung annimmt [6], zeigt,

---

1) vgl. BURGER, S.24 f., der von einer Gewohnheit spricht, die von einem Allgemeinwillen oder Gesamtwillen getragen ist.

2) der als rechtserhebliche Regel für das Verhalten der Menschen zueinander angesehen wird, HAGEN, Gruchots Beiträge 52 (1908),497(500)

3) Der Begriff der Sitte wird insoweit also in einem umfassenden Sinn verstanden.

4) vgl. auch ECKSTEIN, ArchBürgR 41(1915),178(205); WEIGELIN, ARWP 8(1914/1915),321 (328 Anm.26)

5) LARENZ, AT S.430 ff.; ähnlich, jedoch nicht ausdrücklich ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1164 f.; insbes. Fn.5,6

6) BVerfGE 7,198; DÜRIG in Maunz-Dürig, Art.1 Rdn. 177 ff.; FLUME, S.20 ff.; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242, Rdn.23-26 m.w.Nw.
a.A. im Sinne einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht vor allem die ständige Rechtsprechung des BAG seit BAG 1,185(193) und ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.93 ff.; w.Nw. bei SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Rdn.23. Eine unmittelbare Geltung der Grundrechte im Privatrecht ist dogmatisch infolge ihrer Funktion jedoch nicht möglich. Das Privatrecht verlangt eine Abwägung von Interessen (i.S.v. Begehrensvorstellungen, vgl.

daß die rechtsimmanenten ethischen Werte als Inhalt der guten Sitten aufgefaßt werden. Vielmehr wird insoweit nur ausdrücklich klargestellt, was die herrschende Meinung bei der Drittwirkung der Grundrechte praktiziert. Allerdings unterscheidet sich die von LARENZ vorgenommene Differenzierung von der h.M. ungeachtet der philosophischen Unterschiede [1] dadurch, daß den der Rechtsordnung immanenten rechtsethischen Prinzipien der Vorrang gegenüber der herrschenden Moral eingeräumt wird, weil die "Gerichte nach Art.20 III GG an Gesetz "und Recht" gebunden sind [2]. Außerdem handelt es sich hier um einen Wertungsmaßstab, der infolge seiner Rechtsimmanenz leichter objektivierbar ist, was sich schon an den Grundrechten zeigt [3]. Immerhin hat das zur Folge, daß neben der herrschenden Moral, deren Konkretisierung von der h.M. nicht versucht wird, ein Kriterium Berücksichtigung findet, das Anhaltspunkte in der Rechtsordnung findet.

Soweit COING [4] statt dessen bei Ausfüllung des Begriffs der "guten Sitten" zwei Teilbereiche der Ethik, nämlich die Individualethik (Lebensführungsethik) und die Sozialethik (Naturrecht) unterscheidet, trifft er damit keine wesentlich andere Aussage. Nur differenziert er das Kriterium "Durchschnittsmoral" der herrschenden Meinung im Schrifttum nicht nach der Herkunft, wie es bei der Unter-

---

WESTERMANN, Interessenkollisionen, S.4) mehrerer Personen, während die Grundrechte dem einzelnen gegenüber dem Staat eine Freiheitssphäre gewähren. Eine vollständige Übernahme der Grundrechtsordnung in das Privatrecht würde daher entweder zu einer unangemessenen Begünstigung eines einzelnen oder aber, auf alle Beteiligten angewandt, zu einer Neutralisation und Aufhebung der jeweiligen Rechte führen; vgl. SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Rdn.25.

1) vgl. dazu LARENZ, AT S.44; HENKEL, S.299 ff.

2) LARENZ, AT S.431; WIEACKER, JZ 61,337(342)

3) LARENZ, AT S.431

4) in v.STAUDINGER, § 138 Rdn.4

scheidung von herrschender Moral und rechtsimmanenten ethischen Werten geschieht, sondern nach dem Gestaltungsgegenstand. Denn nach COINGs Auffassung bezieht sich die Sozialethik auf die Gestaltung der Sozialordnung, die Individualethik auf die Führung des individuellen Lebens [1]. Allerdings tritt auch hier wieder die Schwierigkeit mangelnder Konkretisierung zutage, die schon die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden bzw. die Ausfüllung der guten Sitten durch die Durchschnittsmoral kennzeichnete.

cc) Objektivierende Ausfüllung der guten Sitten

Infolge der Unmöglichkeit, das Unsittliche oder Unmoralische zu bestimmen, wird z.T. die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts aus der Unvereinbarkeit mit dem sozialen Ideal bzw. mit dem guten sozialen Zustand hergeleitet [2]. Nach dieser Auffassung verweisen die guten Sitten auf das "richtige Recht" [3], d.h. auf eine am Gemeinschaftsgedanken orientierte Ordnung hin, die empirisch vom Richter festzustellen ist. Aufgabe des § 138 I BGB sei es, das äußere Verhalten der Rechtsgenossen richtig zu bestimmen, nicht aber betreffe diese Vorschrift das Innenleben des Menschen. Ähnlich verfährt SIMITIS [4], der den Ausdruck "gute Sitten" in § 138 I BGB nur noch zur Bezeichnung "der vom Richter auf dem Gebiete des Geschlechts- und Familienlebens zu beachtenden Moralgebote" verwendet und im übrigen die Nichtig-

---

1) v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.4

2) v.HIPPEL, S.113

3) JOERGES, ZRPh Bd.1, S.2o8(216)

4) S.168 ff., 175 ff.; ähnlich ABRAHAM, AcP 15o(1949), 385 (398); auch STEINDORFF, JZ 6o,582(583) schließt sich dieser Ansicht ohne nähere Begründung an und fordert für § 826 insoweit, schädliches Verhalten nach seiner Sozialadaequanz zu beurteilen, soweit die Sittenwidrigkeit festzustellen ist.

keit eines Rechtsgeschäfts nach § 138 I BGB einem Verstoß gegen den "ordre public" entnimmt. Darunter versteht er die "Ordnung in der gegebenen Gesellschaft", wie sie in den Grundsätzen der geltenden Rechtsordnung zum Ausdruck kommt [1].

Objektivierungstendenzen bei der Ausfüllung der guten Sitten zeigt auch DEUTSCH [2], der dem Blankett "gute Sitten" eine Entwicklungsfunktion beimißt, welche die Veränderungen in den objektiven Verhältnissen und in den Rechtsanschauungen berücksichtigen soll. So faßt er die guten Sitten des § 138 I BGB als Auffangvorschrift auf, "an der zwar beeinflußt, aber nicht abhängig von Moral, Lebensgebrauch und Anstandsgefühl, die vom Gesetz nicht geregelten Interessenkonflikte im Wege wertender Beurteilung entschieden werden" [3]. Praktisch folgt daraus, daß im Rahmen des § 138 I BGB eine objektive Güter- und Interessenabwägung stattfinden soll, um die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts und damit dessen Gültigkeit zu beurteilen [4].

2) Stellungnahme

Zur Beantwortung der Frage, wann die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung sittenwidrig ist, hat man mit den genannten Kriterien noch keinen Maßstab gefunden, der allgemeinverbindlich zu konkreten Ergebnissen führt. Solche sind weder dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden noch der durchschnittlichen Rechtsmoral, weder den differenzierteren ethischen Grundsätzen noch den

---

1) SIMITIS, S.94 i.V.m. S.174

2) JZ 63,385(390)

3) DEUTSCH, JZ 63,385(390)

4) Soweit MESTMÄCKER, AcP 168 (1968), 235 ff. den personalen Bezug der Sittenwidrigkeit leugnet und fordert, die guten Sitten am Sinngehalt privatrechtlicher Institutionen zu messen und zu objektivieren, handelt es sich um eine Ausfüllung der guten Sitten i.S. des § 1 UWG, die durchaus nach anderen Gesichtspunkten als bei § 138 I BGB erfolgen kann; vgl. SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 826 Rdn.11.

objektivierenden Maßstäben wie dem sozialen Ideal oder dem ordre public zu entnehmen. Allenfalls eine objektive Güter- und Interessenabwägung beeinflußt von Moral und Lebensgebrauch, wie sie DEUTSCH vorschlägt, könnte bei Berücksichtigung der Rechtsgüter Leben des Patienten, Leben eines anderen Kranken und Freiheit von Schmerz und Leiden zu einer allgemeinen Richtschnur werden [1]. Gleichwohl ergeben sich Bedenken, ob die so vorgenommene Objektivierung, die auch bei Berücksichtigung des "sozialen Ideals" oder "ordre public" die Folge wäre, mit dem Begriff der "guten Sitten" vereinbar ist.

a) Kritik an den Objektivierungstendenzen im Rahmen von § 138 I BGB

Der Grund für eine Objektivierung der guten Sitten besteht zum einen darin, eine nur umrißhafte Verdeutlichung der von den guten Sitten erfaßten Werte zu vermeiden, so daß echte Lösungen der Einzelfälle ermöglicht werden. Zum anderen wird darauf verwiesen, daß die Vorschrift des § 134 BGB auf die konkreten Verbotsnormen beschränkt ist, so daß eine Begrenzung der Privatautonomie bei Verstößen gegen die öffentliche Ordnung wenn nicht über § 138 I BGB nur selten ermöglicht werden kann, da die öffentliche Ordnung kaum Verbotsnormen beinhaltet. Außerdem soll vermieden werden, daß die Sittenwidrigkeit lediglich bei einem sittlichen Urteil über die Person des rechtsgeschäftlich Handelnden angenommen werden kann, was nur durch begriffliche Klarstellung wie durch Verwendung des terminus "öffentliche Ordnung" etc. erfolgen kann [2]. Schließlich begründet man die Objektivierung der guten Sitten mit dem Hinweis darauf, die Entwicklungsfunktion des § 138 I BGB erfordere, ein Rechtsgeschäft als der Rechts-

---

1) Ob dabei jedoch ähnliche Abwägungsregeln anzuwenden wären, wie es bei der Rechtfertigung durch den übergesetzlichen Notstand praktiziert wird, müßte noch untersucht werden.

2) vgl. FLUME, S.366 f.

ordnung zuwiderlaufend zu kennzeichnen [1]. Die gute Sitte sei also eine "Vorstufe des Rechts" [2] und als solche nur objektiviert auszulegen.

Mag der Wunsch nach Verdeutlichung der Entscheidung, wann ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, noch so verständlich und gerechtfertigt sein, so sind dennoch die übrigen Begründungen nicht stichhaltig. Gerade die Gegenüberstellung von § 134 BGB und § 138 I BGB läßt erkennen, daß § 134 BGB bei objektiven Verstößen gegen die Rechtsordnung als Schranke der Privatautonomie eingreifen soll, während § 138 I BGB dem unsittlichen Willen die übliche Verbindlichkeit der Willenserklärung abspricht [3]. Eine weitergehende Auslegung des § 138 I BGB, die ihm eine Ergänzungsfunktion des § 134 BGB in objektiver Hinsicht zuspricht, kann dem Gesetz nicht entnommen werden. Auch ist mit dem Ausspruch der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht notwendig ein Verdikt über die Verwerflichkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns verbunden. Die Formulierung des § 138 I BGB läßt es durchaus zu, ein Rechtsgeschäft auch dann für sittenwidrig zu erklären, wenn ausschließlich die inhaltliche Regelung des Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten verstößt, ein unsittliches Handeln der Geschäftspartner hingegen nicht feststellbar ist [4]. Insoweit setzt man sich nicht in Widerspruch zu dem Zweck des § 138 I BGB, der den Richter beauftragt, den unsittlichen Willen zu bekämpfen [5]. Der Charakter der Willenserklärung als Sozialakt verlangt es vielmehr, den nach außen erkennbaren Wil-

---

1) DEUTSCH, JZ 63,385(390), jedoch nur indirekt auf § 138 I BGB bezogen, da er sich mit der Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 826 BGB beschäftigt.

2) DEUTSCH, JZ 63,385(390)

3) ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.1

4) vgl. FLUME, S.372 ff.; LARENZ, AT S.432; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 138 Rdn.25 f.; v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.12; a.A. ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1167; WESTERMANN, Interessenkollisionen, S.28

5) vgl. dazu WESTERMANN, Interessenkollisionen, S.28

lensgehalt als maßgeblich für den Empfänger zu bezeichnen, soweit Handlungswille und Erklärungsbewußtsein feststellbar sind. Also ist es entscheidend, ob dieses nach außen tretende Willensmoment mit den guten Sitten übereinstimmt, nicht aber, ob auch ein unsittliches rechtsgeschäftliches Verhalten vorliegt. Auf letzteres kommt es nur an, wenn nicht schon der unmittelbare Inhalt sittenwidrig ist, sondern sich die sittliche Mißbilligung erst aus dem subjektiven Tatbestand ergibt [1].

Soweit die guten Sitten als "Vorstufe des Rechts" bezeichnet werden, da sie ein Rechtsgeschäft als der Rechtsordnung zuwiderlaufend kennzeichnen sollen, wird die Funktion des § 138 I BGB verkannt. Wohl handelt es sich bei § 138 I BGB um eine rechtliche Ordnungsvorschrift, die dem unsittlichen Willen die Verbindlichkeit als Willenserklärung absprechen soll, doch erfolgt dies nicht infolge eines Widerspruchs zur Rechtsordnung. Dieser Gedanke liegt § 134 BGB zugrunde, nicht aber § 138 I BGB, der im Gegensatz zu § 134 BGB auf die Sittenordnung abstellt, sich dabei aber auf den das Recht kennzeichnenden durchschnittlichen Maßstab des Erreichbaren, d.h. auf ein ethisches Minimum beschränkt [2].

Damit haben sich die Gründe, die für eine Objektivierung der guten Sitten in § 138 I BGB angeführt werden, mit Ausnahme der Forderung nach Verdeutlichung der richterlichen Entscheidung als hinfällig erwiesen. Überdies sind die Objektivierungsmethoden in der Regel nicht geeignet, § 138 I BGB derart auszufüllen, daß er wie jeder fest abge-

---

1) wie z.B. bei § 138 Abs.II BGB. Was den subjektiven Tatbestand anbelangt, begnügt sich die h.M. in Rechtsprechung und Schrifttum zu Recht mit der Kenntnis der Tatsachen, die den Sittenverstoß begründen, bzw. mit der grobfahrlässigen Unkenntnis. Die Fähigkeit, das Sittenwidrige aus den bekannten Tatsachen abzuleiten, wird nicht gefordert; vgl. FLUME, S.372 ff.; ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.6; WESTERMANN, Interessenkollisionen, S.28 f. sowie Fn.73,74.

2) ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.1; FISCHER, S.77

grenzte Tatbestand eine Lösung der verschiedensten konkreten Konflikte zuläßt. Das Problem der guten Sitten liegt letztlich in dem Verlust eines einheitlichen Rechtsbewußtseins [1]. Es kann zu seiner Lösung folglich nicht auf eine einheitliche Wertauffassung verwiesen werden, mag diese als "soziales Ideal" oder als "ordre public" im Sinne eines Ordnungsgefüges aus allgemeinen Prinzipien und Rechtsinstituten unserer Rechtsordnung bezeichnet werden. Daher ist es durchaus erklärlich, wenn die übrigen Methoden zur Ausfüllung der guten Sitten bislang nicht befriedigt haben. Bei der Suche nach einem geeigneten Maßstab sollte vielmehr die fehlende Einheitlichkeit des Rechtsbewußtseins dahingehend berücksichtigt werden, daß nur ein m ö g l i c h s t konkreter Ausfüllungsmaßstab gefunden werden kann, nicht aber eine b e s t i m m t e einheitliche Wertgrundlage.

b) Rechtsimmanente ethische Werte und herrschende Moral als teilweise konkreter Ausfüllungsmaßstab

Einer Ausfüllung der "guten Sitten" verbleiben nach dem bisher Gesagten nur die von der Rechtsprechung angewandte Formel des "Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden" und der im überwiegenden Schrittum vertretene Maßstab der Durchschnittsmoral bzw. deren Differenzierungen. Sieht man zunächst von den Differenzierungen ab, so kann letztlich kein Argument gefunden werden, daß mit der Anstandsformel und der Durchschnittsmoral etwas Unterschiedliches ausgesagt wird. Die Durchschnittsmoral als die im Volk tatsächlich anerkannte Moral verweist auf ein ethisches Moment, die Moral, und ein soziologisches, die tatsächliche Anerkennung. Entsprechendes gilt bei der Anstandsformel, die auf die billig und gerecht Denkenden als ethischen Standard Bezug nimmt und die soziale Geltung be-

1) ARZT, S.38

tont, indem sie die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden zugrunde legt [1]. Es wird also mit verschiedenen Redewendungen dasselbe bezeichnet, wobei der Begriff der Durchschnittsmoral genauer zum Ausdruck bringt, daß eine außerrechtliche Wertung zu treffen ist, welche die herrschenden moralischen Grundsätze berücksichtigt. Insoweit ist es immerhin verständlich, wenn die herrschende Moral zum Teil nicht direkt zur Ausfüllung der guten Sitten, sondern zur Konkretisierung der Anstandsformel verwandt wird [2], auch wenn nur ein unbestimmter Rechtsbegriff durch einen anderen, gleichbedeutenden ersetzt wird.

Das Problem der guten Sitten in § 138 I BGB liegt folglich nicht darin, ob die Anstandsformel oder die Durchschnittsmoral der Konkretisierung dienen, sondern wie die Durchschnittsmoral zu bestimmen ist.

Unter diesem Aspekt gewinnen zunächst die Ansichten von COING und LARENZ an Bedeutung, die die Durchschnittsmoral differenzieren, indem sie entweder zwischen der Lebensführungsethik (Individualmoral) und der Sozialethik (Naturrecht) [3] oder zwischen herrschender Moral und rechtsimmanenten Werten [4] unterscheiden und damit die guten Sitten ausfüllen. Wie schon dargelegt, ist der Ausgangspunkt insofern jeweils ein anderer, da entweder nach dem Gestaltungsgegenstand der Normordnungen oder nach deren Herkunft differenziert wird.
Dabei kann nur LARENZ einen einleuchtenden rechtlichen Grund anführen, warum er nach der Herkunft der verschiedenen ethischen Ansichten trennt. Art.20 III GG bindet die

---

1) v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.3

2) LEHMANN-HÜBNER, S.199; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 138 Rdn.3; ähnlich ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.1,5

3) v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.4

4) LARENZ, AT S.431

Gerichte an Gesetz "und Recht" mit der Folge, daß im Bereich der guten Sitten die rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien hervorzuheben sind, und daß ihnen darüber hinaus der Vorrang vor der herrschenden Moral gebührt [1]. Sie sind Orientierungsmaßstäbe, wenn die herrschende Moral kein eindeutiges Urteil erlaubt, weil sie in der betreffenden Frage unsicher, zwiespältig oder ungewiß ist. Ihnen zuwiderlaufende Wertungen sind infolge Art.20 III GG ausgeschlossen.

Durch die Übernahme rechtsethischer Auffassungen bei der Ausfüllung der guten Sitten gerät man auch nicht in einen logischen Widerspruch. Zwar soll durch die guten Sitten ein ethisches Richtmaß für eine Wertentscheidung gefunden werden, die von der Rechtsordnung bewußt offengelassen wurde. Hingegen besagt das nicht, daß dabei ausschließlich außerrechtliche Gesichtspunkte zugrundegelegt werden sollen. Vielmehr kann die betreffende Frage auch nach rechtsethischen Gedanken entschieden werden, die in anderen Rechtsnormen niedergelegt sind [2].

Aber nicht nur die Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht gebietet es, die Durchschnittsmoral nach rechtsimmanenten ethischen Werten und herrschender Moral zu differenzieren. Wie sich zeigen wird, legt man damit außerdem Maßstäbe zugrunde, deren Existenz und weitgehende Erkennbarkeit nachzuweisen ist, ohne daß es dazu eines glaubensmäßigen Bekenntnisses zu einem Naturrecht im Sinne der Lebensführungsethik bei COING bedarf.

aa) Existenz der rechtsimmanenten ethischen Werte und der herrschenden Moral

aaa) Die Existenz der rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien kann bei allem werttheoretischen Relativismus

---

1) LARENZ, AT S.431; PAWSLOWSKI, ARSP 5o (1964),5o3(513); WIEACKER, JZ 61,337(342); ähnlich WESTERMANN, Person und Persönlichkeit, S.52

2) ZIPPELIUS, S.151

und Skeptizismus nicht angezweifelt werden. Einer Berufung auf ein Naturrecht als ein vorgegebenes Normensystem, das unabhängig vom positiven Recht rechtliche Geltung beansprucht, bedarf es dazu nicht [1]. Solange ein Kernbereich elementarer Werte wie z.B. das Leben, die Freiheit oder die Würde des Menschen von unserer Rechtsordnung anerkannt und mit rechtlicher Geltung versehen wird, sei es nur strukturell oder direkt durch die Grundrechte, folgt die Existenz jener Werte schon daraus. Denn sittlichen Werten kommt die Seinsform "gelten" zu, im Gegensatz zur Seinsform "sein" der Gegenstände der realen Welt [2].

In Frage gestellt werden kann dies allenfalls, wenn man ausschließlich subjektive Werturteile, Akte wertender Stellungnahmen und Wertauffassungen gelten läßt, die sich nur als Wert für den erlebenden einzelnen darstellen. Dann gäbe es nur ein Nebeneinander gleichberechtigter subjektiver Wertungen und Werthaltungen, nicht aber objektive, überindividuell geltende Werte. Auch die Bewertung im Rahmen des § 138 I BGB könnte nur nach Sittlichkeitsgeboten erfolgen, die der Richter erst postuliert und für rechtsverbindlich erklärt [3]. Jener Subjektivismus ist jedoch inkonsequent. Er übersieht, daß jede subjektive Wertung die Existenz sittlicher Werte voraussetzt, da sonst das subjektive Werturteil ein ausschließlich willkürlicher Akt ist [4].

---

1) Insoweit zweifelnd WESTERMANN, Wesen und Grenzen, S.27

2) LARENZ, AT S.46 ff.; die Werte werden dem Menschen nur in Akten wertender Stellungnahme zu konkreten Handlungen oder Vorgängen bewußt; vgl. auch HENKEL, S.42 f.; LUKOWSKI, ÄM 1959, 1717(1718)

3) vgl. dazu ARTHUR KAUFMANN, JZ 63,137(144); HENKEL, S.245

4) ARTHUR KAUFMANN, JZ 63,137(144)

Im übrigen läßt sich die Existenz der Werte am deutlichsten nachweisen, indem man wie Nicolai Hartmann auf das Prinzip des "Betroffenseins" durchgreift; "Die durchgehende Überzeugtheit vom Ansichsein der Welt, in der wir leben, beruht nicht so sehr auf der Wahrnehmung, als auf dem erlebten Widerstand, den das Reale der Aktivität des Subjekts leistet." [1] Die Realität der Gegenstände bzw. der Werte kann man demnach nur erfahren, wenn man in ihnen betroffen ist, so z.B. den Wert der Selbstbestimmung bei einer gegen den Willen erfolgenden ärztlichen Behandlung.

bbb) Die herrschende Moral, die hier aufgefaßt wird als Überzeugung des überwiegenden Teils der Angehörigen einer Gruppe, daß ein Gebot ethisch richtig ist, erhält ihre Geltung durch ihren "überindividuell kollektiven" Charakter [2]. Denn das übereinstimmend subjektive Werterleben der Mehrzahl von Gruppenangehörigen bewirkt soziale Verhaltensanforderungen, "die von der Sozietät an ihre Mitglieder gestellt werden" [3] und damit für diese gelten und existieren.

Ihre Existenz ist nur zweifelhaft, wenn man sich zu einer materialen Wertordnung bekennt, die unabänderlich apriorisch gilt und für den Menschen absolut erkennbar ist [4]. Denn eine solche Wertordnung wäre von den Menschen infolge ihres Anspruchs auf Absolutheit hinzunehmen, gleichgültig, ob diese sie anerkennen oder nicht. Eventuell anderslautende Verhaltensanforderungen hätten keine Geltung, auch wenn sie auf überindividuellem Werterleben beruhten, da der materialen Wertordnung der Vorrang eingeräumt würde.

---

1) N.HARTMANN, Grundlegung, S.177

2) HENKEL, S.244

3) HENKEL, S.133; ZIPPELIUS, S.147 ff., der allerdings nicht zwischen rechtsimmanenten ethischen Werten und herrschender Moral unterscheidet, sondern beides als "Rechtsmoral" bezeichnet.

4) N.HARTMANN, Ethik, S.138 ff., 595 ff.; MAX SCHELER, S.99 ff.; BGHSt 6,46 ff.; WEINKAUF, NJW 60, 1689 ff.

Indessen bildet die materiale Wertlehre keine annehmbare Grundlage zur Ausfüllung der guten Sitten in § 138 I BGB. Mag die Existenz der Werte in einer idealen Sphäre unabhängig vom Werterfassen der einzelnen Menschen [1] glaubensmäßig hingenommen werden, so ist dennoch die Erkenntnis der Werte nicht in jener mathematisch-naturwissenschaftlichen Exaktheit möglich, wie sie die materiale Wertlehre annimmt.

Sie führt allein das Wertgefühl des Menschen als Grund an, das den Zugang zu den Werten und ihrer Rangfolge verschaffe [2]. Nur die Gewißheit, daß jene Wertordnung wahr und verbindlich sei, gebe z.B. dem wertenden Richter die Berechtigung, die Sollenssätze zu finden und auszusprechen, ohne deren Erkenntnis im einzelnen zu begründen [3]. Die Ausführungen des BGHSt sind unter diesem Gesichtspunkt nur konsequent, wenn sie in der "vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte" einen absoluten Wert (wie z.B. die Ehe) ohne nähere Begründung erkennen und daraus ein Werturteil über ein menschliches Verhalten fällen (wie z.B. die Unzüchtigkeit des Verlobtenverkehrs) [4].

Insoweit zieht die materiale Wertlehre jedoch nicht die erforderlichen Konsequenzen aus dem subjektiven Standort des Wertenden, der eine absolute Erkenntnis der Werte nicht zuläßt. Es ist unbestritten, daß jede Erkenntnis von subjektiven Momenten abhängt, weil sie aus einem Zusammenwirken von Erkennendem und Erkenntnisobjekt entsteht. Daß dabei im Bereich der Geisteswissenschaften die Abhängigkeit von den subjektiven Umständen des Erkennenden größer ist, als in den Naturwissenschaften, gilt ebenfalls als sicher. Denn hier

---

1) i.S. von Platos Vorstellung des Ideenreichs, das die reale Seinssphäre überlagert; vgl. HENKEL, S.241

2) SCHELER, S.116

3) WEINKAUF, NJW 60,1689(1692)

4) BGHSt 6,46(52 f.)

ist das Erkenntnisobjekt, wie z.B. ein Wert, weitaus komplexer als die Sachgegenstände der realen Welt [1]. Die Folge ist, daß im Bereich der Werterkenntnis der Unterschied zwischen dem zu Erkennenden und dem Erkannten erheblicher ist als bei den Naturwissenschaften, wo infolge der Einfachheit des Objekts kaum Abweichungen festzustellen sind. So besteht die Möglichkeit, daß sich ein Wert für den einen Menschen unter einem anderen Aspekt zeigt als für den anderen und daher auch jeweils verschieden erkannt wird. Zudem bleibt die Unvollkommenheit der Erkenntniskraft des einzelnen nicht ohne Auswirkung, so daß das Erkenntnisobjekt nie vollständig eingesehen werden kann. [2]

Wenn damit statt der absoluten eine relative Werterkenntnis zugrundegelegt wird, welche die Relativität der Werte im Hinblick auf das jeweilige Subjekt in der konkreten Situation anerkennt [3], so bleibt nur zu betonen, daß es sich um einen erkenntnistheoretischen, nicht aber um einen ontologischen Relativismus handelt, wie er bei dem schon erwähnten Wertsubjektivismus zu finden ist [4]. Scheitert damit die materiale Wertlehre als Grundlage bei der Ausfüllung der guten Sitten, so ist kein weiterer Grund ersichtlich, der gegen die Existenz einer herrschenden Moral als Ausfüllungsmaßstab sprechen könnte.

---

1) ARTHUR KAUFMANN, ARSP 46 (196o),553(556 f.); ZIPPELIUS, S.124; LARENZ, Methodenlehre, S.262

2) ARTHUR KAUFMANN, ARSP 46 (196o),553(557)

3) HENKEL, S.243 ff.; ARTHUR KAUFMANN, JZ 63,137(144); im Ergebnis ebenso: BOCKELMANN, JR 54,361(362 f.); GRÜNWALD, ZStW 73(1961), 5 ff.(36 ff.); JESCHECK, MDR 54,645(647); LENCKNER, JuS 68,249 ff.; 3o4 ff.(3o8); SAX, JZ 54,474 (479 ff.); WEISCHEDEL, S.19 ff.(34 f.); WIEACKER, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S.12 ff.

4) ARTHUR KAUFMANN, ARSP 46 (196o),553(558 ff.)

bb) Erkennbarkeit der rechtsimmanenten ethischen Werte und der herrschenden Moral

Was die Erkennbarkeit der rechtsimmanenten ethischen Werte anbelangt, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Im Rahmen einer relativen Werterkenntnis, wie sie oben dargelegt wurde, können sie sowohl aus den Wertentscheidungen und Wertproklamationen der Grundrechte entnommen werden, wie auch aus den Wertungen, die in der übrigen Rechtsordnung, insbesondere im Strafrecht formalisiert sind [1].

Anders verhält es sich jedoch bei der herrschenden Moral. Da ihr eine Positivierung, sei es direkt oder strukturell, fehlt, kann sie in der Regel nicht mit jener Offensichtlichkeit erkannt werden, wie die rechtsimmanenten Wertentscheidungen. Berücksichtigt man, daß die herrschende Moral als Überzeugung der überwiegenden Mehrheit von Gruppenangehörigen über das moralisch Gebotene verstanden wird, so ist die Feststellung der herrschenden Moral noch schwieriger. Denn derjenige, der sie zu erkennen hat, also der Richter, kann zunächst nicht selbst das Gebotene als richtig erkennen, sei es auch nur relativ, sondern er muß - wenn möglich - die relative Erkenntnis der Gruppenangehörigen als übereinstimmenden Erlebnisinhalt feststellen. Allerdings sind ihm dabei Anhaltspunkte in Form von Indizien gegeben, welche es ermöglichen, die herrschende Moral zu erkennen.

So kann die herrschende Moral in den von der Rechtsprechung und Wissenschaft geäußerten Wertungen ihren Niederschlag finden, sofern diese in vergleichbaren Fällen erfolgt sind [2]. Die Auseinandersetzung mit solchen Urteilen verhindert willkürliche eigene Bewertungen oder verleitet dazu, einen Bruch

---

1) LARENZ, AT S.431; WIEACKER, JZ 61,337(342); ZIPPELIUS, S.151 ff.

2) ARZT, S.79 f.; WIEACKER, Gesetz und Richterkunst, S.15 f.; ZIPPELIUS, S.155

mit den überlieferten Wertungen eingehend zu begründen. Daneben gibt die Verkehrssitte als im Verkehr tatsächlich herrschende Übung einen Anhaltspunkt, was als herrschende Moral der Angehörigen eines Volkes oder einer Gesellschaftsgruppe gilt [1]. Zu beachten bleibt hier, daß eine hergebrachte Gepflogenheit nur dann Richtlinie für eine richterliche Wertentscheidung sein kann, wenn sie auch wirklich Ausdruck der herrschenden Wertauffassung ist und nicht nur eine Unsitte darstellt. Schließlich kann sich der erkennende Richter bei Feststellung der herrschenden Moral auch auf mehrheitliche Äußerungen in der Presse, auf Beschlüsse, die auf Kongressen gefaßt werden, oder auf Umfragen berufen [2].

Indessen ist die Verwertung solcher Quellen, die letztlich auf dem Demokratiegedanken beruhen [3], nicht ohne Vorbehalte möglich, da nur die gewichtigen Stimmen, die in einer Gemeinschaft lebendig sind, einen Hinweis auf die herrschende Moral geben können. Generell kann in Fragen der Sittlichkeit und Rechtsmoral nämlich keine Demokratie walten. Eine objektive Mehrheitsmeinung ist vielmehr nur bei politischen Grundsatzfragen maßgeblich, die im Erfahrungsbereich aller Gemeinschaftsgenossen liegen, nicht aber bei der herrschenden Moral [4].

Mit den rechtsimmanenten ethischen Werten und Prinzipien sowie der herrschenden Moral sind damit immerhin Merkmale gegeben, die existent und gegenüber den anderen Ausfüllungsmaßstäben zumindest an Hand von Indizien weitgehend erkennbar sind.

---

1) ARZT, S.81; LARENZ, Methodenlehre, S.264 f.; ZIPPELIUS, S.154

2) ZIPPELIUS, S.156. Z.B. wurde unter diesem Aspekt eine Umfrage unter Ärzten hinsichtlich der Schwangerschaftsunterbrechung aus ethischer Indikation veranstaltet; vgl. ENGISCH, Einführung, S.151

3) ARZT, S.82

4) ARZT, S.68,7o f.; ARTHUR KAUFMANN, JZ 61,137(145), der treffend auf das Beispiel der Todesstrafe verweist, die die überwiegende Meinung für sittlich erlaubt hält und die

3) Das ärztliche Standesethos als das geltende Recht, die rechtsimmanenten ethischen Werte und die herrschende Moral, die das Arzt-Patienten-Verhältnis betreffen

Diese Maßstäbe sollten im Hinblick auf das hier im Einzelfall zur Diskussion stehende Arzt-Patienten-Verhältnis näher erläutert werden. Es wird zumeist auf standes- oder berufsethische Grundsätze als Maßstab des Arztes verwiesen, ohne näher auszuführen, was im einzelnen darunter zu verstehen ist. Allenfalls beruft man sich auf den generalklauselartigen modernisierten hippokratischen Eid [1], womit aber nichts wesentliches gewonnen wird.

Mitunter erweckt man sogar den Eindruck, als ständen sich das ärztliche Standesethos und die von den Gerichten angewandten Rechtsprinzipien gegensätzlich gegenüber, so daß kaum geklärt ist, welche außergesetzlichen Wertmaßstäbe im Arzt-Patienten-Verhältnis heranzuziehen sind.

Fragt man sich daher, welche Sollensvorschriften das ärztliche Handeln bestimmen, so ergibt sich folgendes:

Das ärztliche Handeln ist zunächst durch das positivierte geltende Recht [2] und durch rechtsimmanente ethische Werte und Prinzipien bestimmt. Die daraus resultierenden Forderungen sind grundsätzlich mit denen der Berufsethik identisch. Ihnen liegt aber kein besonderes Ethos zugrunde, da die Befolgung von jedem Staatsbürger verlangt wird.

---

dennoch nicht der herrschenden Moral in unserer Gesellschaft entspricht (auch wenn schon die rechtsimmanenten Prinzipien eine Aussage treffen).

1) vgl. das allgemeine ärztliche Gelöbnis, abgedruckt bei KUHNS I, S.255; vgl. auch KREUZER, S.12

2) Dieses findet nach den dargelegten Grundsätzen jedoch keine direkte Beachtung bei der Ausfüllung der guten Sitten in § 138 I BGB.

Zum anderen gibt es zahllose Dinge, welche dem Arzt nicht durch das Recht und seine immanenten Werte auferlegt sind, die er aber dennoch nicht nach seinem Belieben regeln kann. Insoweit wird das ärztliche Handeln durch die herrschende Moral bestimmt, d.h. durch die moralische Überzeugung des überwiegenden Teils der angesprochenen Gruppenangehörigen, daß ihre Gebote ethisch richtig sind. Dabei konkurrieren die Gebotsvorstellungen der Patienten und die der Ärzte, womit nicht ausgesagt sein soll, daß dieses "Konkurrieren" gleichzeitig auch ein "Kollidieren" sein muß. Die Patienten fordern, daß der Arzt nach bestem Wissen und Gewissen handeln soll, daß er ehrlich bleiben soll, indem das, was der Arzt tut, mit dem übereinstimmen soll, was er zu tun vorgibt. Weiterhin werden Verantwortung, Selbstlosigkeit und Liebe gefordert [1]. Demgegenüber unterscheiden sich die Forderungen der Ärzte nur kaum, die pauschal die Notwendigkeit eines Ethos (ohne nähere Begriffsbestimmung bzw. unter Berufung auf den hippokratischen Eid) oder die der Nächstenliebe betonen.

Ob nur die Forderungen der Ärzte oder die Gesamtheit der dargestellten Sollensanforderungen als ärztliche Standesethik aufzufassen sind, ist letztlich eine Frage terminologischer Art. Meines Erachtens trifft der Begriff der Standesethik im zuletzt erwähnten Sinn die Vorstellungen am ehesten, die man gemeinhin mit diesem Wort verknüpft. Denn die ärztliche Standes- und Berufsethik bezeichnet all diejenigen ethischen Anforderungen, die an den Arzt bei seinem Handeln gestellt werden und die Grundlage seines Handelns bilden. Im folgenden soll daher die Standesethik nur in diesem Sinne aufgefaßt werden.

Terminologische Unklarheiten bestimmen auch die Diskussion,

---

1) SCHÄFER, ÄM 1959,1304 ff.; 1345 ff.; 1783 ff. (1786)

ob es sich hier um ein besonderes ärztliches Ethos [1] oder um die allgemeinen sittlichen Forderungen handelt [2]. Denn es wird nur scheinbar Gegensätzliches ausgesagt. Ausgangspunkt beider Ansichten ist nämlich die Geltung der sittlichen Grundsätze für den Arzt wie für jeden Beruf. Nur wird einerseits die besondere Verpflichtung als Berufsethik bezeichnet, andererseits werden dagegen aus der allgemeinen Geltung der sittlichen Grundsätze "berufsspezifische" Konsequenzen gezogen [3].

Weitaus wichtiger ist es indessen, die Zweifel auszuräumen, welche entstehen, wenn man die rechtsimmanenten ethischen Werte und die herrschende Moral im hier verstandenen Sinn bei Ausfüllung der guten Sitten zugrundelegt. Stellen schon die rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien keine homogene, sondern eine von Spannungen durchzogene Wertordnung dar, so gilt das umso mehr bei der herrschenden Moral. Die ausschließlich relative Werterkenntnis durch die einzelnen Gruppenangehörigen bedingt naturgemäß ungelöste Kollisionen, was sich an der Wandelbarkeit der herrschenden Moral verdeutlichen läßt und gerade beim hier zu bestimmenden Standesethos in unterschiedlichen Ansichten der Patienten und der Ärzte äußern kann.

Zwar ist an dieser Stelle hervorzuheben, daß die guten Sitten in § 138 I BGB nur auf die Gebote elementarer Sittlichkeit hinweisen, d.h. "auf die von allen rechtlich Denkenden, ohne Unterschied ihrer Weltanschauungen respektierten Grundsätze der praktischen Moral" [4], was zuweilen auch als "ethisches Minimum" bezeichnet wird [5]. Denn die Gleichheit vor dem Recht in Verbindung mit dem Verbot einer Zurück-

---

1) LUKOWSKI, ÄM 1959,1717(1718)

2) SCHÄFER, ÄM 1959, 1304 ff.; 1345 ff.; 1783 ff.(1783)

3) LUKOWSKI, ÄM 1959,1717(1717); SCHÄFER, ÄM 1959,1304 ff.; 1345 ff.; 1783 ff.(1783 ff.)

4) WIEACKER, JZ 61,337(340); LENCKNER, JuS 68,249 ff., 304 ff.(309)

5) FISCHER, S.77; LARENZ, AT S.432

setzung wegen abweichender weltanschaulicher, d.h. auch theoretisch ethischer Meinungen (Art.3 III GG) gebieten dies. Außerdem ergibt sich dieser Grundsatz aus Art.4 I GG, der die Gewissensfreiheit gewährleistet [1]. Dennoch zeigen sich auch hier Meinungsunterschiede, wann der Bereich elementarer Sittlichkeit erreicht ist. Daraus resultierenden Folgerungen für die richterliche Wertentscheidung soll daher nachgegangen werden, ehe im einzelnen untersucht wird, wie weit die privatautonome Bestimmung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung mit den angeführten Wertmaßstäben vereinbar ist.

4) Zusammenfassung

Zunächst ist jedoch festzuhalten, daß der Begriff der guten Sitten in § 138 I BGB nicht durch eine einheitliche Wertgrundlage auszufüllen ist, daß aber mit den rechtsimmanenten ethischen Werten und Prinzipien sowie der herrschenden Moral immerhin möglichst konkrete Maßstäbe zur Verfügung stehen, die existent und an Hand von Indizien weitgehend erkennbar sind. Für das Arzt-Patienten-Verhältnis gilt insoweit keine Besonderheit. Auch hier bilden die rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien sowie die herrschende Moral die maßgebliche Wertgrundlage im Rahmen von § 138 I BGB. Setzt man die ärztliche Standesethik in Beziehung zu den guten Sitten, so zeigt sich, daß sie einen Sammelbegriff für die an den Arzt gerichteten Sollensanforderungen darstellt, indem sie das positivierte geltende Recht, die rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien sowie die herrschende Moral als die moralische Überzeugung des überwiegenden Teils der angesprochenen Ärzte und Patienten umfaßt.

---

1) WIEACKER, JZ 61,337(340)

II. Kollision rechtsimmanenter ethischer Werte bzw. subjektiver Wertvorstellungen

Kann der nach § 138 I BGB wertende Richter nur die Kollision mehrerer rechtsimmanenter ethischer Werte bzw. verschiedener subjektiver Wertvorstellungen feststellen [1], so ist es ihm nicht möglich, der von ihm verlangten Entscheidung zu entgehen. Allerdings fragt es sich, wie er die hier auftretende Unbestimmtheit überwinden und die daraus resultierenden Gefahren für die Rechtssicherheit abwenden kann. Auch hier soll sich die Untersuchung noch generell auf die Fälle erstrecken, in denen die Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen, Einwilligungen oder sonstigen Willensäußerungen im Arzt-Patienten-Verhältnis in Frage steht, bevor konkret die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung als Bezugspunkt berücksichtigt wird.

Was die Kollision rechtsimmanenter ethischer Werte anbelangt, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Der Richter hat die zum Inhalt der verschiedenen Normen gehörigen Bewertungsfaktoren durch Auslegung zu ermitteln und ist an sie nach Art.20 III GG gebunden [2].

Fehlen rechtsimmanente ethische Werte, so läßt sich die Frage, die sich dem Richter stellt, wie folgt umschreiben: Gilt der Richter als berufen, ethische Streitfragen in der Weise zu entscheiden, daß er seine eigene, aber umstrittene Auffassung als maßgebliches Kriterium zugrundelegt und verlangt, daß sich der "Andersgläubige" dann fügt? [3]

---

1) zu derselben Problematik vgl. oben S. 65 f.

2) WESTERMANN, Interessenkollisionen, S.4

3) Diese Frage taucht nicht nur bei § 138 BGB auf, sondern generell bei Wertentscheidungen. Dabei erstreckt sich die Diskussion vor allem auf die Wertabwägung beim übergesetzlichen Notstand, insbesondere in den Fällen, in denen die Aufklärungspflicht des Arztes in Frage steht, da das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen mit dem Recht auf Leben und Gesundheit kollidiert.

1) Eigene Wertschau des wertenden Richters

Der BGHSt vertritt die Ansicht, daß der Richter in ethischen Fragen nach seiner eigenen sittlichen Wert- und Weltanschauung entscheidet, was bei seinem Bekenntnis zu einer vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte im Sinne einer materialen Wertethik nur konsequent ist [1]. Das Gericht findet diejenigen naturrechtlichen Sätze und spricht sie aus, auf die es durch die Entscheidung des Einzelfalles geführt wird. "Das Kriterium ihrer Wahrheit ist das Gefühl innerer Gewißheit, das sie vermitteln." [2] Zur Folge hat dies, daß der Richter auch eigenverantwortlich Fragen entscheiden kann, die von ethischen Gesichtspunkten im Arzt-Patienten-Verhältnis gekennzeichnet sind. Hingegen ist es dem Arzt nicht möglich, hierüber in eigenem, freien, von ärztlichen Gesichtspunkten bestimmten Gewissen mit bindender Wirkung für den Richter zu befinden [3].

Ohne Kritik ist diese Rechtsprechung indessen nicht geblieben. Wie schon ausgeführt, wendet sie sich zu Recht gegen das Bekenntnis zu einer absoluten Evidenz und Erkenntnis der Werte [4]. Hierbei wird aber nur zum Teil die These betroffen, die besagt, das Gericht habe in eigener Entscheidung und Verantwortung über Fragen zu befinden, auch wenn das ärztliche Gewissen im Einzelfall schon zu einer - möglicherweise anderslautenden - Entscheidung gelangt ist. Es wird nur erreicht, daß die relative Werterkenntnis auch bei Wertentscheidungen Berücksichtigung findet. Im Rahmen von § 138 I BGB hat das zur Folge, daß bei zusätzlicher Ablehnung des Wertsubjektivismus eine Moral auch dann zu respektieren ist, wenn sie der Wertschau des Richters wider-

---

1) BGHSt 11,111 im Anschluß an BGHSt 6,46 ff.; 147 ff.; ähnlich auch BGHZ NJW 1956,1106; BGHZ 29,136

2) WEINKAUF, NJW 1960,1689(1692)

3) EB.SCHMIDT, Gutachten, Rdn.172

4) Dazu s.oben S.167 ff.

spricht, und daß die Geltung von Werten auf eine bestimmte Zeit und einen bestimmten Kulturkreis beschränkt wird. Praktisch bedeutet dies, daß nach den rechtsimmanenten ethischen Werten primär die herrschende Moral vom Richter zu beachten ist, im übrigen aber auf eine richterliche Eigenwertung nicht verzichtet werden kann [1]. Als Begründung wird angeführt, daß der Richter wie der Gesetzgeber in Fällen von differierenden Ansichten das sittliche Gewissen einer Gemeinschaft verkörpere, so daß sein sittliches Bewußtsein stellvertretend für das der Gemeinschaft stehe [2].

2) Bindung des Richters an die standesethischen Werturteile

Die Kritik an der dargelegten Rechtsprechung richtet sich indessen nicht nur gegen die dort vertretene absolute Werterkenntnis. Im Bereich der von ethischen Gesichtspunkten bestimmten Fragen im Arzt-Patienten-Verhältnis wird überdies mit Entschiedenheit eingewandt, daß der Richter sich nicht durch die Berufung auf eine vorgegebene Wertordnung über die standesethischen Grundsätze hinwegsetzen dürfe, wie sie sich im ärztlichen Berufsstand von Generation zu Generation traditionell entwickelt haben.

Vor allem EB.SCHMIDT betont, daß der Richter immer dann gebunden sei, wenn das ärztliche Gewissen gesprochen habe und zu einer bestimmten standesethischen Entscheidung gelangt sei, gleichgültig, ob jene umstritten sei oder nicht [3].

1) BREITHAUPT, JZ 64,283(284); ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73 (1961), 341(354); JZ 63,137(145); LENCKNER, JuS 68,249 ff.; 3o4 ff.(3o9 f.); SCHWALM, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, S.28; WIEACKER, JZ 61,337(345); EB.SCHMIDT, JZ 54,369(374), jedoch bezogen auf das Schlägermensururteil des BGH (BGHSt 4,24 ff.)

2) ARTHUR KAUFMANN, JZ 63,137(145)

3) EB.SCHMIDT, Gutachten Rdn.171 ff.; ähnlich GRÜNWALD, ZStW 63 (1961),6 (31 ff.), jedoch mit Einschränkung in Arzt und Recht, 125 (151 ff.); vgl. dazu den Text zu unten S.180

Der Grund liege darin, daß es sich bei den standesethischen Fragen immer um Probleme handele, welche an die Grundlagen der ärztlichen Berufsausübung rühren, so daß die standesethischen Werturteile von wertbestimmender Bedeutung für die sittlichen Grundwerte seien [1]. GRÜNWALD präzisiert jene Ansicht, indem er von einer "Respektierung" der standesethischen Grundsätze und Prinzipien spricht [2]. Es werde nicht verkannt, daß es sich weiterhin um eine richterliche Wertung handele. Nur sei der Richter gehalten, auch andere vertretbare sittliche Ansichten, wie das Standesethos der Ärzte zu respektieren, solange der Gesetzgeber keine Entscheidung getroffen habe. Der herrschenden bzw. seiner eigenen, des Richters, Auffassung, sei insoweit nicht der Vorzug zu geben.

3) Stellungnahme

Trotz allen Verständnisses für die Forderung nach möglichst eigenverantwortlichen Entscheidungen der Ärzte kann man ihr dennoch nicht in der Weise nachkommen, daß man vom Richter schlechthin Respekt vor standesethischen Grundsätzen abverlangt und ihn daran bindet. Rechtsimmanente ethische Werte bzw. eventuell abweichende herrschende Moralvorstellungen sind infolge der hier vertretenen relativen Werterkenntnis bei Ablehnung eines Wertsubjektivismus primär ausschlaggebend.

Außerdem ist der Begriff "Standesethos" so verschwommen, daß daraus kein eindeutiges Urteil hervorgeht, wie es bei EB.SCHMIDT und GRUNWALD unterstellt wird. Sieht man wie hier im Standesethos der Ärzte neben dem positivierten geltenden

---

1) EB.SCHMIDT, Gutachten Fußn.287 a.E.

2) GRÜNWALD, Arzt und Recht, 125 (151)

Recht und den rechtsimmanenten ethischen Werten, die das Arzt-Patienten-Verhältnis betreffen, sowohl die moralische Überzeugung der Patienten als auch die der Ärzte von dem, was richtig ist, so folgt schon daraus, daß die verschiedensten Auffassungen zugrundeliegen können. Bindenden Respekt des Richters gegenüber jeder dieser Ansichten zu verlangen, wäre absurd [1]. Das gleiche gilt, wenn man unter dem Standesethos nur die Gebotsvorstellungen der Ärzte versteht, wie es bei EB.SCHMIDT und GRÜNWALD wohl der Fall ist. Weist man hier die Stimmen derjenigen Ärzte als zu respektierende Meinung der Ärzteschaft aus, die gegen die Rechtsprechung Stellung genommen haben, so wird man dem Urteil der mit der Rechtsprechung übereinstimmenden Ärzte nicht gerecht [2].

Immerhin wendet auch GRÜNWALD ein, daß zumindest nur eine "ernstzunehmende Minderheit" der standesethisch begründeten Auffassung der Ärzte entspricht [3]. Dabei verdeutlicht er indessen, daß eine ärztliche Eigenverantwortung sowie die Bindung an ein "ärztliches Standesethos" nur scheinbar begründet wird. Denn letztlich stellt man damit dem Richter anheim zu entscheiden, welche Minderheit ernstzunehmen ist [4].

Aber es ist auch zusätzlich nicht vertretbar, daß man bei Ermittlung der Sittenwidrigkeit eine ernstzunehmende Minderheit von Gruppen- oder Gesellschaftsangehörigen schlechthin entscheidend sein läßt, wenn rechtsimmanente ethische Werte und herrschende Moralvorstellungen nicht aufzufinden sind [5].

---

1) LENCKNER, S.177

2) ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73 (1961),341(354 f.); SCHWALM, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, S.28

3) GRÜNWALD, ZStW 73 (1961),6(4o)

4) LENCKNER, S.178, Anm.93

5) SCHWALM, Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, S.28

Eine eigenverantwortliche Wertentscheidung des Richters ist auch im Rahmen arztrechtlicher Problematik gerechtfertigt, da dem Richter anwendbare Wertungen fehlen. Zwar befindet er sich wie auch der Arzt oder Patient in einem "rechtlosen Raum" [1], in dem der Charakter des Werturteils als einer persönlichen Stellungnahme des jeweils Urteilenden deutlich in Erscheinung tritt [2]. Dabei ist zu beachten, daß hier der Idee nach nur eine Entscheidung getroffen werden kann, da ein unbestimmter Rechtsbegriff auszufüllen, nicht aber aufgrund einer "Ermessensermächtigung" Recht zu sprechen ist [3]. Jedoch folgt die Zuständigkeit des Richters aus seiner Repräsentantenstellung für das auf andere Weise nicht mehr konkretisierbare allgemeine Rechtsbewußtsein [4]. Ansonsten würde man die verschiedenen subjektiven Wertvorstellungen in den Rang einer der Idee nach einzig möglichen richtigen Wertentscheidung erheben, was zu Recht dem Vorwurf der Willkür ausgesetzt wäre. Nur die Entscheidung des Richters kann diesem Vorwurf entgehen, da dessen Verantwortung für die Rechtsprechung über den jeweiligen, gerade zu entscheidenden Fall hinausgeht. Denn sein Urteil wird in der Regel als Beispiel für künftig zu beurteilende Fälle gelten [5].

Demgegenüber kann nicht eingewandt werden, daß nur der Arzt die Verantwortung für das Leben des Patienten trage und daher nur seine ethischen Wertvorstellungen maßgeblich sind. Diese Verantwortung soll hier nicht im geringsten angezwei-

---

1) WESTERMANN, Wesen und Grenzen, S.32

2) LARENZ, Methodenlehre, S.267; HINDERLING, Schweiz.JZ 68,65(65); ARZT, S.88 ff. weist dies mit existenzphilosophischen Erwägungen nach, die zu dem Ergebnis gelangen, daß das Recht nur bis zu einer bestimmten Grenze determiniert ist, darüber hinaus aber aus der Freiheit des einzelnen geschaffen wird.

3) WESTERMANN, Wesen und Grenzen, S.22 f. sowie die Anm. 22 und 44; die Annahme, daß bei unbestimmten Rechtsbegriffen nur eine Entscheidung der Idee nach möglich ist, ist indessen nicht unbestritten; vgl. WESTERMANN a.a.O. Anm.22 mw.Nw.

4) LARENZ, Methodenlehre, S.268; ARTHUR KAUFMANN, Das Schuldprinzip, S.199; ARZT, S.88 ff.

felt werden. Gleichwohl steht sie nicht zur Diskussion, da es nicht um die Verantwortlichkeit für einen Wert, sondern um die Verantwortung für die Wertentscheidung, ja sogar Wertschöpfung geht. Der Richter hat hier eine ähnliche Funktion wie der Gesetzgeber, nur daß ihm die Entwicklung neuer Rechtsinstitutionen grundsätzlich versagt bleibt. [1)]

Wenn die Tätigkeit des Arztes trotz der von ihm getragenen Verantwortung mit dem Risiko einer anderslautenden richterlichen Wertentscheidung belastet ist, so ist das nur verständlich. Wie bei jedem Verhalten, das rechtlich anhand von Werturteilen gemessen wird, muß auch hier das Werturteil zunächst auf eigenes Risiko gefällt werden [2)]. Tatsächlich kommt es aber auf dieses eigene Werturteil nicht an, da nur das des Richters entscheidend ist, obwohl es in Grenzfällen wie hier nicht vorausgesehen werden kann.

Die Stellungnahme für ein eigenverantwortliches richterliches Werturteil im Bereich fehlender rechtsimmanenter ethischer Werte und unauffindbarer herrschender Moral sollte jedoch zweierlei nicht vergessen lassen.

Zum einen ist der Richter genötigt, seine eigene persönliche Wertentscheidung im Rahmen von § 138 I BGB gegenüber den rechtsimmanenten ethischen Werten und der herrschenden Moral hintanzustellen. Die hier vertretene relative Werterkenntnis bei Ablehnung eines Wertsubjektivismus läßt, wie schon dargelegt, keine andere Schlußfolgerung zu. Der Richter kann sich weder ausschließlich auf sein subjektives

---

5) LARENZ, Methodenlehre, S.267; ähnlich ARZT, S.98; RGZ 162,244(247)

1) ARZT, S.87; ARTHUR KAUFMANN, JZ 63,137(145); WESTERMANN, Wesen und Grenzen, S.35

2) HOENIGER, S.13 ff., im Ergebnis ähnlich STERN, ÄM 1959, 1393(1394)

Wertgefühl, noch auf eine für ihn absolute Evidenz vorgegebener Werte berufen. Außerdem ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, daß im tatsächlichen Bereich das Bedenken mangelnder ärztlicher Eigenverantwortlichkeit weitgehend verschwunden ist. Denn im Arzt-Patienten-Verhältnis ist die herrschende Moral in der Regel mit den ethischen Sollensvorstellungen der Ärzte identisch.
Das wird erkennbar, wenn man sich noch einmal vergegenwärtigt [1], daß ärztliches Handeln durch die moralische Überzeugung des überwiegenden Teils der angesprochenen Gruppenangehörigen über das, was ethisch richtig ist, bestimmt wird. Im Rahmen des sich daraus ergebenden ärztlichen Standesethos als herrschender Moral im Sinne von § 138 I BGB konkurrieren die Gebotsvorstellungen der Patienten mit denen der Ärzte, ohne zwangsläufig zu kollidieren. Gemeinsam richten sie sich sowohl auf Verantwortung, Selbstlosigkeit und Liebe als auch auf Ehrlichkeit und Achtung des besten Wissens und Gewissens. In den Grundforderungen stimmen mithin die Sollensvorschriften der Ärzte und die herrschende Moral überein.
Es tauchen aber Bedenken auf, wenn man den Einzelfall und die in ihm möglichen unterschiedlichen Verhaltensweisen verschiedener Ärzte betrachtet. Gleichwohl vermögen diese nicht, die oben aufgestellte These ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Auch im Einzelfall stimmen die Sollensvorschriften der Ärzte in aller Regel mit der herrschenden Moral überein. Der Arzt ist in erster Linie Empiriker. Er vermag es nicht, seine Kunst ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Einsicht in die wissenschaftliche [2] Richtigkeit seiner Maßnahmen zu betreiben. Vielmehr ist er auch darauf angewiesen, eigene oder fremde Erfahrungen begründungslos zur Richtschnur seines Handelns zu machen und sich fremder wissenschaftlicher Einsicht so zu beugen, wie heutzutage

---

1) s.o. S. 172 ff.

2) im physiologischen und psychosomatischen Sinn vgl. SCHÄFER, ÄM 1959,1304 ff., 1345 ff., 1783 ff.(1306)

sich jedermann auf die Aussagen anderer Gewährsmänner verlassen muß. [1] Dabei hat der Arzt nach seinem Gewissen unter Berücksichtigung der im Rahmen der Ausbildung erlernten wissenschaftlichen "standards" zu ermitteln, welche fremde Erfahrung oder wissenschaftliche Einsicht maßgeblich ist. [2] Jene "standards", die von dem überwiegenden Teil der Ärzteschaft aufgestellt und ebenso von der Gemeinschaft (und dann auch von den Patienten) als "richtig" gebilligt sind, gründen sich aber auf der Überzeugung des überwiegenden Teils der angesprochenen Gruppenangehörigen und damit auch auf der herrschenden Moral. Bei ärztlichem Handeln nach bestem Gewissen wird daher im Einzelfall die dem Arzt begegnende Sollensvorschrift in der Regel an der herrschenden Moral ausgerichtet sein und mit ihr übereinstimmen.

Im Rahmen einer Stellungnahme für ein eigenverantwortliches richterliches Werturteil bleibt zum anderen noch zu betonen, daß die guten Sitten in § 138 I BGB nur auf die Gebote elementarer Sittlichkeit hinweisen. Das hat zur Folge, daß die Ansicht ernstzunehmender Minderheiten für den Richter nicht völlig unbeachtlich ist. Zunächst hat sie Einfluß auf die herrschende Moral, welche selten als "ethisches Minimum" im Widerspruch zu ihr steht. Sollte eine herrschende Moral aber nicht existieren, so müßte der Richter noch immer feststellen, daß die Mindermeinung dem "ethischen Minimum" [3] bzw. den Geboten elementarer Sittlichkeit [4]

---

1) SCHÄFER, ÄM 1959, 1304 ff., 1345 ff., 1783 ff. (1306)

2) Der Einfluß des Patienten beschränkt sich darauf, daß er an Schulen (z.B. die Homöopathie) glaubt und deren Anwendung durch die Art seiner Arztwahl durchsetzt. Es würde aber zum Gewissen des Arztes gehören, sein Wissen um die Sachverhalte gegen den seiner Meinung nach falschen Glauben des Patienten durchzusetzen, vgl. SCHÄFER, ÄM 1959, 1304 ff., 1345 ff., 1783 ff.(1345).

3) LARENZ, AT S.432; FISCHER, S.77

4) LENCKNER, JuS 68,249 ff.; 304 ff.(309); WIEACKER, JZ 61, 337(340)

widerspricht, wollte er dennoch die Sittenwidrigkeit bejahen. Das dürfte aber bei ernsthaften Mindermeinungen, wie sie besonders im ärztlichen Bereich auftreten, schwerfallen, wenn nicht unmöglich sein. Der Richter hat also durchaus in den meisten Fällen standesethische Auffassungen des Arztes zu respektieren, nämlich immer dann, wenn sie nicht jenseits der Gebote elementarer Sittlichkeit liegen [1]. Gegenüber der Ansicht, die schlechthin eine Verbindlichkeit standesethischer Auffassungen verlangt, wird also nur die absolute Bindung an Mindermeinungen geleugnet, um theoretische Mißbrauchsmöglichkeiten zu verhindern.

Es handelt sich hier um keine zivilrechtliche Besonderheit, welche die von EB.SCHMIDT und GRÜNWALD im Strafrecht vertretenen Ansichten nicht berührt, sondern um einen allgemeinen Grundsatz. Auch die überwiegende Auffassung im Strafrecht läßt ein Sittenwidrigkeitsurteil des Richters im Hinblick auf die bei § 226a StGB in Rede stehende Körperbeeinträchtigung und Einwilligung [2] sowie bei der oben erörterten Wertung bei der Frage nach der Zumutbarkeit ärztlichen Handelns [3] nur dann zu, wenn es eindeutig objektivierbar ist [4]. Im übrigen habe sich der Richter eines eigenen Werturteils zu enthalten, sei dieses positiver oder negativer Art, wenn feste Wertmaßstäbe fehlen und unterschiedliche, aber vertretbare Wertauffassungen gegenüberstehen. Infolge der strafrechtlichen Besonderheit könne als

---

1) Dahingehend dürfte auch die Auffassung von WESTERMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 1968,87 (91), zu verstehen sein, der für den Arzt in Grenzfällen einen "rechtsfreien Raum" fordert.

2) soweit nicht die Sittenwidrigkeit der Einwilligung für unbeachtlich gehalten wird; vgl. BERZ, GA 69, 145(15o); KOHLRAUSCH-LANGE, § 226 a III; BGHSt 4,88(91)

3) s.o. S. 66

4) BREITHAUPT, JZ 64,283(284); ENGISCH, in H.Mayer-Festschrift, 399 (4oo); LENCKNER, JuS 68,249 ff.; 3o4 ff. (3o8 f.); ROXIN, JuS 64,373(379); URBANCZYK, NJW 64,425 (426)

zusätzlicher Grund das Prinzip des "nullum crimen sine lege", Art. 1o3 II GG, angeführt werden, nach dem die Strafbarkeit gesetzlich bereits zur Tatzeit feststehen muß.

Es genüge nicht, daß der Richter sich am Schluß der Hauptverhandlung ein sittliches Werturteil erarbeite, das zur Strafbarkeit des Angeklagten führe [1]. Ausnahmsweise könne es nur dort keine "Koexistenz unterschiedlicher Anschauungen" mit der genannten Konsequenz geben, wo mit der Feststellung, daß der Täter von Rechts wegen etwas tun darf, zugleich ausgesprochen wird, daß der Verletzte die fragliche Handlung gegen seinen Willen dulden muß. Denn hier bedeute jede Entscheidung des Richters zugleich eine Parteinahme für den Täter oder Betroffenen, wie z.B. bei einer Aussage über den rechtfertigenden Notstand gleichzeitig auch über das Notwehrrecht des Betroffenen entschieden wird [2]. Jener Ausnahmefall betrifft allerdings nur die strafrechtlichen Fälle der Begründung einer Rechtspflicht zu zumutbarem Handeln und die des übergesetzlichen Notstandes, in denen eine Abwägung der Rechtsgüter verschiedener Personen gefordert wird. Soweit die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 138 I BGB in Frage steht, ist jener Ausnahmefall nicht gegeben, auch wenn sich hier wie generell im Zivilrecht Interessen gegenüberstehen [3]. Denn es geht nicht um Aussagen über gesetzlich zustehende Rechtspositionen, sondern ausschließlich um die Redlichkeit des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Verkehrs [4].

---

1) BREITHAUPT, JZ 64,283(284); ROXIN, JuS 64,373(379); URBANCZYK, NJW 64,425(426)

2) LENCKNER, JuS 68,249 ff.; 3o4 ff.(3o9 f.); ARTHUR KAUFMANN, ZStW 73(1961),341(354)

3) BREITHAUPT, JZ 64,283(284)

4) BERZ, GA 69,145(15o)

4) Zusammenfassung

Faßt man noch einmal zusammen, welche Wertmaßstäbe bei Ausfüllung der guten Sitten in § 138 I BGB zugrundezulegen sind, so sind dies primär die rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien, an die der Richter nach Art.20 III GG vorrangig gebunden ist. Er hat sie durch Auslegung zu ermitteln und nach den dabei festgestellten Wertfaktoren in das vorgesehene Wertverhältnis zu setzen. Sekundär hat der Richter seine Wertung an der herrschenden Moral als den sozialen Verhaltensanforderungen auszurichten, die auf der Überzeugung des überwiegenden Teils der Angehörigen einer Gruppe beruhen, daß ein elementares Gebot der Sittlichkeit die jeweilige Regelung verbietet. Ein eigenes, möglicherweise abweichendes Urteil muß der Richter zurückstellen und vertretbare Mindermeinungen respektieren, soweit sie nicht den elementaren Grundsätzen der Sittlichkeit widersprechen. Falls der Richter weder rechtsimmanente ethische Werte noch eine herrschende Moral, sondern nur kollidierende subjektive Wertvorstellungen ermitteln kann, ist eine eigenverantwortliche Wertentscheidung des Richters erforderlich, was in seiner Repräsentantenstellung für das anderweitig nicht mehr konkretisierbare Allgemeinbewußtsein begründet liegt. Auch dabei hat der Richter die einzelnen Ansichten zu beachten und sie daraufhin zu überprüfen, ob sie dem ethischen Minimum zuzurechnen sind oder nicht.

III. Der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts als Bezugspunkt der Wertung

Damit sind die Voraussetzungen gegeben, daß die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung durch den Patienten im einzelnen an den guten Sitten gemessen werden kann. Es bedarf nur noch einer Antwort auf die Frage, was letztlich auf seine Übereinstimmung mit den guten Sitten hin

zu beurteilen ist. Allein die verschiedenen privatautonomen Gestaltungsformen wie Vertrag, Einwilligung oder vorsorgliche Willensäußerung zu bewerten, reicht noch nicht aus. Denn es können sowohl der Inhalt als auch die damit verfolgten Motive und Zwecke sittenwidrig sein. In der Judikatur und im Schrifttum hat sich daher zu Recht die Formel durchgesetzt, daß die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 138 I BGB aus dessen objektiven und subjektiven Momenten folgt, nämlich dem Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts, welches aus der Zusammenfassung von äußerem Inhalt, Motiv und Zweck zu entnehmen ist [1]. Es ist auch kein Grund ersichtlich, diese Differenzierung nur auf rechtsgeschäftliche Gestaltungsformen zu beschränken. Sie erstrecken sich ebenfalls auf rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen wie die Einwilligung und die vorsorgliche Willensäußerung.

Die Maßgeblichkeit der Zusammenfassung von äußerem Inhalt, Motiv und Zweck schließt nicht aus, daß schon die Sittenwidrigkeit des äußeren Inhalts zu einem Verdikt nach § 138 I BGB führen kann. Der Wortlaut und die ratio legis dieser Vorschrift stehen dem nicht entgegen [2]. Im übrigen ist jedoch die Zusammenfassung von Inhalt, Zwecken und Motiven ausschließlich als Bezugspunkt der Wertung gemäß § 138 I BGB entscheidend. Die Motivation und die Zwecke der Parteien können aber nicht ungeachtet des Inhalts der Regelung zur Sittenwidrigkeit führen. Zwar mag ein Vertrag bei lediglich gemeinsamer sittenwidriger Motivation der Parteien nach § 138 I BGB nichtig sein, doch resultiert dies aus der Unsittlichkeit der gesamten Regelung, nicht aber aus der Sittenwidrigkeit der einzelnen Motive [3]. Nur bei ein-

---

1) RGZ 56,229(231); 150,1(3); BGHZ 34,169(176); BGH NJW 68,932(934);
ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1166 f.; ERMAN-WESTERMANN, § 138 Anm.6; FLUME, S.368 ff., 372 ff.; LARENZ, AT S.432; LEHMANN-HÜBNER, S.199; SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 138 Rdn.4; v.STAUDINGER-COING, § 138 Rdn.7

2) a.A. ein Teil des Schrifttums; s.o.S. 161, insbes.Fußn.4

3) FLUME, S.374; Motivation und Zweckverfolgung stimmen insoweit in der Regel überein.

seitigen Rechtsgeschäften und folglich auch bei einseitigen rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen hat die Unsittlichkeit des Motivs als solchen eine Bedeutung für die Wirksamkeit. Denn es bedarf keiner gemeinsamen Motivation oder Zweckverfolgung. Gleichwohl folgt auch hier die Nichtigkeit aus der Sittenwidrigkeit der gesamten Regelung, nicht aber aus der Unsittlichkeit des Motivs als solchen [1].

Die Differenzierung nach Inhalt bzw. Inhalt, Motiv und Zweck der privatautonomen Regelung soll auch im folgenden beibehalten werden, wenn untersucht wird, wie weit der Patient die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung ohne Widerspruch zu § 138 I BGB gestalten kann.

IV. Bewertung der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung an Hand der ermittelten Wertmaßstäbe

1) Verkürzung erlöschenden Lebens

a) Sterbehilfe durch Begehen

Bei Absprachen oder Willensäußerungen, die eine aktive Lebensverkürzung durch den Arzt beinhalten, empfiehlt es sich, nach den schon oben aufgezeigten Fallgestaltungen zu differenzieren und diese auf ihre Übereinstimmung mit den guten Sitten zu untersuchen. Bei der Sterbehilfe, die in Form des Begehens gewährt wird, sei daran erinnert, daß sowohl die Hilfe beim Sterben als auch die Hilfe zum Sterben im Widerspruch zu §§ 212, 213, 216 StGB stehen. Dahingehende Abreden sind folglich schon gemäß § 134 BGB unwirksam.

Zwar braucht die Gesetzwidrigkeit im Sinne des § 134 BGB für die Frage des § 138 I BGB keine Bedeutung zu haben.

---

1) FLUME, S.375

Es gibt durchaus Vorschriften, die aus Gesichtspunkten ordnender Zweckmäßigkeit erlassen werden und keine sittliche Wertung zum Ausdruck bringen [1]. In der Regel wird jedoch ein gesetzliches Verbot auf einer sittlichen Wertung beruhen [2], so vor allem, wenn es sich um strafrechtliche Normen wie bei §§ 212, 213, 216 StGB handelt. In diesen Fällen bewirkt die Gesetzeswidrigkeit, daß die jeweilige Vereinbarung nicht nur nach § 134 BGB sondern auch nach § 138 I BGB unwirksam ist. Denn die Unsittlichkeit ergibt sich aus den rechtsimmanenten ethischen Werten und Prinzipien. Folglich sind auch solche privatautonome Gestaltungen der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung gem. § 138 I BGB nichtig, die Hilfsmaßnahmen beim bzw. zum Sterben beinhalten.

b) Sterbehilfe durch Unterlassen ärztlicher Maßnahmen im Sinne fehlender Körperbewegung

Was Vereinbarungen bzw. Willensäußerungen des Patienten anbelangt, die sich gegen ärztliche Maßnahmen richten, so gelten im Hinblick auf die privatautonomen Gestaltungsformen, die nach § 138 I BGB zu bewerten sind, keine anderen Grundsätze als die im Rahmen der Verbotswidrigkeit schon erörterten. Es wird ein Aufhebungsvertrag bezüglich der Behandlungsverpflichtung sowie ihrer Gegenleistung geschlossen, der zwangsläufig das Unterlassen ärztlicher Maßnahmen zur Folge hat. Seine Wirksamkeit ergibt sich im Hinblick auf § 138 I BGB aus der Frage, ob die guten Sitten ein ärztli-

---

1) SOERGEL-SIEBERT-HEFERMEHL, § 138 Rdn.37

2) ERMAN-WESTERMANN, § 134 Anm. 1

ches Eingreifen gebieten. Als weitere privatautonome Gestaltungsformen sind Willensäußerungen des Patienten zu untersuchen, die den wirklichen Willen darstellen bzw. auf den mutmaßlichen Willen schließen lassen. Als Indiz für den mutmaßlichen Willen sind sie für die Rechtswidrigkeit ärztlicher Handlungen von Bedeutung, die gegen den Willen des Patienten vorgenommen werden. Außerdem beeinflussen sie generell die Frage der Zumutbarkeit ärztlicher Pflichterfüllung und kennzeichnen die Weiterbehandlung durch den Arzt außerhalb eines Vertragsverhältnisses als Geschäftsführung ohne Auftrag.

Ein sittliches Unwerturteil kann zunächst davon abhängen, unter welchen Umständen weitere Eingriffe unterlassen werden sollen. Entsprechend der hier vorgeschlagenen Differenzierung sind dabei zwei Erscheinungsformen zu unterscheiden. Wünscht der Patient die Untätigkeit des Arztes, weil seine Rettung nicht mehr möglich ist und der Eingriff die (nicht nur biologisch) sinnlose Verlängerung der Leiden bedeuten würde, so spricht er sich für ein Unterlassen lebens- und leidensverlängernder Maßnahmen aus. Soll der Arzt nicht eingreifen, obwohl eine Rettung - allerdings bei körperlichen oder geistigen Beschwerden [1] - möglich ist, so verlangt man von ihm ein Unterlassen lebensrettender Maßnahmen.[2]

aa) Unterlassen lebens- und leidensverlängernder ärztlicher Maßnahmen

aaa) Ein in einem Aufhebungsvertrag oder anderweitig geäußerter Wille des Kranken, der lebens- oder leidensverlängernden Maßnahmen des Arztes im Wege steht, entspricht inhaltlich einem auf Selbsttötung gerichteten Willen. Dabei

1) ohne diese Einschränkung würde sich das ärztliche Unterlassen nicht mehr auf erlöschendes Leben beziehen.

2) vgl. oben S.69

ist bestritten, ob nicht schon sein Inhalt den rechtsimmanenten ethischen Werten und Prinzipien widerspricht.

Zwar ist der Selbstmord nach unserem Recht straflos, doch ist damit noch nicht entscheidend Stellung genommen, ob auch der selbstmörderische Wille durch die Rechtsordnung respektiert wird. Trotz Straflosigkeit der Selbsttötung könnte nämlich dem einzelnen das Recht gegeben sein, sich das Leben zu nehmen. Die Rechtsordnung könnte ihm aber auch ein solches Verhalten verbieten oder sich einer Stellungnahme enthalten, was zur Unverbotenheit solchen Verhaltens führte [1].

Ein Recht zur Selbsttötung ist nicht ersichtlich und wird heute auch nicht mehr vertreten. [2]

Obwohl beim Selbstmord ein Rechtsgut verletzt wird, das die Rechtsordnung gegen Eingriffe Dritter schützt, ist auch die Ansicht unhaltbar, daß der Selbstmord rechtswidrig ist. Denn die Rechtswidrigkeit einer Handlung ergibt sich nicht ausschließlich daraus, daß ein vom Standpunkt des Rechtsgüterschutzes unerwünschter Erfolg herbeigeführt wird [3]. Im übrigen setzt die Rechtswidrigkeit voraus, daß der Staatsbürger dem Gemeinwesen gegenüber zu leben rechtlich verpflichtet ist. Mag dies in totalitären Staaten z.T. gefordert werden, so läßt es sich dennoch nicht mit unserer freiheitlichen Sozialordnung vereinbaren. "Das Individuum ist dem Staat und anderen verpflichtet, solange es lebt; es ist ihnen aber nicht verpflichtet zu leben." [4]

Für die Beurteilung der Selbsttötung anhand der rechtsimma-

---

1) So ist es denkbar, daß die Rechtsordnung den Selbstmord verbietet, ihn aber aus Gründen der Humanität ungeahndet läßt; s. auch KREUZER, S.52

2) vgl. GALLAS, JZ 6o,641 (652, Anm.21 m.w.Nw.)

3) GALLAS, JZ 6o,649 (654)

4) BERNER, S.98; vgl. auch GALLAS, JZ 6o,649(654); KREUZER, S.51

nenten ethischen Werte und Prinzipien verbleibt demnach nur die Möglichkeit, daß es sich um "unverbotenes" Verhalten handelt [1], bei dem der Gesetzgeber keine bewußte Wertung getroffen hat [2]. Nur diese Lösung vermeidet es, daß rechtliche Verhaltensregeln für Situationen höchstpersönlicher Daseins- und Gewissensnot aufgestellt werden. Zudem ermöglicht sie bei Selbsttötungen auch Zugriffe von außen, die bei Annahme eines Selbsttötungsrechtes verboten wären. Denn der selbstmörderische Wille könnte aus dem Blickwinkel der herrschenden Moral durchaus unerlaubt und damit im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag unbeachtlich sein, obwohl sich aus den rechtsimmanenten ethischen Werten keine Anhaltspunkte für die Sittenwidrigkeit seines Inhalts ergeben.

Berücksichtigt man neben dem Inhalt die damit verbundenen Motivationen und Zwecke des Patienten, so fragt es sich, ob die rechtsimmanenten ethischen Werte eine andere Aussage bezüglich der Sittenwidrigkeit zulassen. Diese hängt zwar infolge der Verschiedenartigkeit der subjektiven Momente ausnahmslos vom Einzelfall ab. Immerhin ist aber eine weitgehend allgemeine Stellungnahme möglich.

Grundsätzlich verfolgt der Patient bei solchen Willensäußerungen den Zweck, seine Leiden zu verkürzen, die bei Anwendung ärztlicher Maßnahmen (nicht nur biologisch) sinnlos verlängert würden. Diese Motivation steht als solche im Ein-

---

1) GALLAS, JZ 6o,649(652 ff.); ARTHUR KAUFMANN, JZ 63,139 (144); KREUZER, S.52 m.w.Nw.; soweit ROHRBACH, S.16, noch zwischen unverboten im Sinn von "nicht verboten aber unerlaubt" und "rechtlich indifferent" unterscheidet, trennt er nicht genügend zwischen rechtlichen und außerrechtlichen Maßstäben. Die rechtliche Indifferenz mag durchaus zu einem Unerlaubtsein nach Maßgabe der herrschenden Moral führen.

2) KREUZER, S.52 m.w.Nw.; a.A. HEINITZ, JR 54,4o3(4o4 ff.), der eine bewußte rechtliche Wertung annimmt.

klang mit Art.2 II GG, der dem Menschen ein Recht auf Freiheit vor Schmerzen und Qualen gewährleistet. Denn durch das Recht auf körperliche Unversehrtheit werden der "naturgegebene - lediglich durch Anlage und unbeeinflußte natürliche Entwicklung bedingte - Zustand des menschlichen Körpers", sowie die subjektiven Empfindungen und Interessen des einzelnen auf Unversehrtheit geschützt [1].

Allerdings scheint jene Motivation in ihrer Zusammenfassung mit dem Inhalt dem ebenfalls in Art.2 II GG garantierten Recht auf Leben zu widersprechen.

Das läßt sich zunächst vermeiden, wenn man durch Art.2 II GG ausschließlich den Willen zum Leben gegenüber dem Staat geschützt sieht [2], nicht aber den Willen zum Leben gegenüber dem Lebensträger selbst. Daraus folgt, daß ein das Leben negierender Wille des Patienten nicht unter dem Gesichtspunkt des Lebensschutzes (Art.2 II GG) dem Recht auf körperliche Unversehrtheit entgegengehalten werden kann.

Entnimmt man hingegen dem Grundrecht auf Leben prinzipiell keine Willensmacht über das eigene Leben [3], so kann der hier auftretende Widerspruch zwischen den Rechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit nur durch andere Erwägungen ausgeräumt werden. Da in diesem Zusammenhang Willensäußerungen, die sich gegen leidensverlängernde ärztliche Maßnahmen richten, anhand einer Generalklausel wie den "guten Sitten" auf ihre Wirksamkeit beurteilt werden, hat dies "im Lichte der Bedeutung" der Grundrechte zu erfolgen. Der Wertgehalt jener Rechte muß gewahrt bleiben, wobei zu beachten ist, daß er generell zu einer Vermutung für die Freiheit tendiert [4] (in dubio pro libertate).

---

1) DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, Art.2 II Rdn.29 f.

2) STEIN, S.182

3) DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, Art.2 II Rdn.12

4) BVerfGE 7,198(2o8 f.)

Bei den hier konkurrierenden Rechtspositionen des Patienten taucht die Besonderheit auf, daß es sich um Rechte desselben Rechtsträgers handelt, die in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Die körperliche Unversehrtheit im oben verstandenen Sinn ist nicht grenzenlos und auf unbeschränkte Dauer angelegt. Sie führt naturgemäß zu einem Zustand, der wohl noch Leben im Sinne von Art.2 II GG darstellt, da der Körper biologisch-physiologisch noch gewisse Gegebenheiten aufzeigt. In diesem Zustand hat aber dennoch ein Übergang zum Tod, d.h. ein Sterbeprozeß eingesetzt, der mit körperlicher Unversehrtheit i.S. von Art.2 II GG nichts mehr gemein hat. Beruft man sich auch hier darauf, daß das Recht auf Leben keine Willensmacht über das Leben zuläßt, so würde das bedeuten, daß der Patient gezwungen ist, jenen Bereich der Qualen und körperlichen "Versehrtheit" hinzunehmen, der durch die Möglichkeiten der medizinischen Technik nahezu beliebig ausgedehnt werden kann. Der Wertgehalt des Rechts auf körperliche Unversehrtheit, über das dem einzelnen grundsätzlich Verfügungsgewalt zusteht, wäre nicht gewahrt, da keine Aussicht auf Heilung mehr bestände.

Will man dies ebenso wie die daraus zu folgernde Verpflichtung des einzelnen zum Leben bis zur Ausnutzung aller technischen Möglichkeiten vermeiden, so ist man gehalten, den prinzipiellen Ausschluß einer Willensmacht über das Leben mittelbar zumindest für die hier diskutierten Fälle zu durchbrechen. Soweit der Körper nicht mehr in den Zustand der Unversehrtheit i.S. von Art. 2 II GG gelangen kann, muß es dem einzelnen gestattet sein, ärztliche Maßnahmen der Lebens- und Leidensverlängerung zu verweigern, obwohl dadurch der Tod bewirkt wird [1]. Dies gilt umso mehr, als schon der

1) DÜRIG in Maunz-Dürig, Art.2 II, Rdn.12 Anm.3. Allerdings sieht Dürig jene Durchbrechung des aus dem Recht auf Leben gefolgerten Prinzips genereller, indem er es auf die Verweigerung jeglicher Heileingriffe bezieht, während hier nur leidensverlängernde und später lebensrettende in Frage stehen. Im Ergebnis ebenso BGHSt 10,111(114); vgl. § 162 E 1962; KREUZER, S.68; WESTERMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 1968,87 (91)

ärztliche Eingriff nach überwiegender Ansicht einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bedeutet [1]. Der Grund liegt zum einen in der oben angeführten Vermutung für die Freiheit (hier des Art.2 II GG), zum anderen in dem Wertgehalt des Rechts auf Leben. Dieses schützt zwar jedes biologisch-physiologische Leben gegen staatliche Eingriffe, beinhaltet aber keine Pflicht des einzelnen gegenüber dem Staat zum Leben und damit erst recht keine Pflicht zum Leben bis zum letzten technisch möglichen Atemzug.

Zudem verbietet in solchen Fällen der Grundsatz der Menschenwürde, Art.1 I GG, daß der Lebensmüde zum bloßen Objekt eines, wenn auch gutgemeinten Zwanges gemacht wird.

Mag die Motivation des Patienten eventuell auch auf andere Zwecke gerichtet sein, so handelt es sich dabei grundsätzlich um rein theoretische Konstruktionen. Selbst wenn solche Zwecke angezielt würden, sei es die finanzielle Benachteiligung Dritter, die beim Tode des Patienten ihrer Unterhaltsbezüge verlustig gingen, oder eine höhere Strafe für den die Verletzung herbeiführenden Täter, o.ä., ergäbe sich im Ergebnis kaum ein Unterschied. Da Inhalt, Motiv und Zweck in ihrer Zusammenfassung beurteilt werden, sind Vermögensinteressen gegenüber dem Recht des Patienten aus Art.2 II GG nachrangig. Im Hinblick auf den eventuellen Täter fehlt es schon an einem Recht auf geringere Bestrafung. Allenfalls eine vom Patienten bezweckte Beeinträchtigung Dritter in ihrer absolut geschützten Rechtssphäre vermag unter Umständen die Sittenwidrigkeit anhand rechtsimmanenter ethischer Werte zu begründen, doch sind solche Fälle praktisch nicht denkbar. Mithin kann den rechtsimmanenten ethischen Werten nicht die Sittenwidrigkeit eines in einem Aufhebungsvertrag oder anderweitig geäußerten Willen des Patienten, der auf das Unterlassen lebens- und leidensverlängernder Maßnahmen gerichtet ist, entnommen werden.

---

1) s.dazu oben S.89 Anm.1

bbb) Infolge der Vorrangigkeit der rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien gegenüber der herrschenden Moral kann auch diese kein relevantes Sittenwidrigkeitsurteil über den Aufhebungsvertrag oder über den wirklichen oder den mutmaßlichen Willen des Patienten fällen, die leidensverlängernden ärztlichen Maßnahmen entgegenstehen. Der Aufhebungsvertrag bzw. der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Patienten sind folglich nicht gem. § 138 I BGB unwirksam.

Es sollte aber nicht unerwähnt bleiben, daß auch die herrschende Moral zur Frage des Unterlassens lebens- bzw. leidensverlängernder Maßnahmen in diesem Sinne Stellung nimmt.

Ausschließlich der Inhalt des auf Lebensverkürzung gerichteten Willens wird zwar unterschiedlich bewertet, da die christliche Auffassung den selbstmörderischen Willen für unsittlich erklärt, andere sittlich hochstehende Weltanschauungen hingegen eine andere Haltung einnehmen [1]. Indessen wird hier der einer Lebensverlängerung entgegenstehende Wille diskutiert, mit dem der Patient bezweckt, eine sinnlose Ausweitung der Leiden und Qualen zu verhindern. In diesem Bereich, in dem die ärztliche Behandlung keine therapeutische Wirkung mehr zeigt, entspricht es der herrschenden Moral, daß der Mensch das Recht auf einen ihm gemäßen Tod hat. Sowohl die humanitäre als auch die christliche Ethik sind hierin gleicher Ansicht [2].

bb) Unterlassen lebensrettender ärztlicher Maßnahmen

aaa) Der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Patienten, der sich gegen lebensrettende Maßnahmen wendet, richtet sich

---

1) Vgl. dazu ausführlich HAMMANN, S.7o ff. m.w.Nw.

2) Für die christliche Ethik vgl. SCHÖLLGEN, Studium Generale 1953, 39 (4o f.); NIEDERMEYER, S.328. Im übrigen vgl. HAMMANN, S.7o ff. m.w.Nw.

inhaltlich wie schon bei der Verweigerung leidensverlängernder Maßnahmen auf eine Lebensverkürzung. Desgleichen ist eine Lebensverkürzung Folge des Aufhebungsvertrages. Ausschließlich dieser Inhalt ist im Hinblick auf die rechtsimmanenten ethischen Werte als "unverboten" und folglich sittengemäß zu qualifizieren.
Die Bewertung kann sich jedoch ändern, sofern man sie auf Inhalt, Motive und Zwecke in ihrer Zusammenfassung bezieht. Sie erfordert nach den aufgezeigten Grundsätzen eine Abwägung der Rechte Leben und körperliche Unversehrtheit des Patienten bei Wahrung des jeweiligen Wertgehalts. Dabei steht Art.2 II GG unter dem Aspekt der körperlichen Unversehrtheit nicht dem Willen des Patienten entgegen. Denn dieser beabsichtigt, die mit den ärztlichen Maßnahmen verbundenen Beeinträchtigungen des Körpers sowie die danach in Kauf zu nehmenden geistigen und körperlichen Beschwerden (wie z.B. nach der Amputation eines Beines) zu vermeiden. Art.2 II GG gestattet sogar die hier angesprochene Motivation, da der Zustand des Patienten während und nach der ärztlichen Maßnahme nicht dem der körperlichen Unversehrtheit entspricht. Entweder ist er schon objektiv nicht durch Anlage und unbeeinflußte natürliche Entwicklung bedingt, oder es werden zumindest die subjektiven Empfindungen (z.B. durch Schmerzen) oder die subjektiven Interessen (z.B. am äußeren Erscheinungsbild) [1] beeinträchtigt.

Die Unsittlichkeit des Patientenwillens ergibt sich auch nicht aus dem Recht auf Leben, sofern man dessen Wertgehalt darin sieht, daß es den Willen zum Leben gegenüber dem Staat, nicht aber gegenüber dem Lebensträger schützt. Folgert man dagegen aus Art.2 II GG den prinzipiellen Ausschluß der Willensmacht des einzelnen über das Leben, so fragt es sich, ob auch hier eine Durchbrechung dieses Prinzips gestattet ist. Zum einen wird nämlich in den Körper des Patienten durch die ärztliche Maßnahme eingegriffen, zum anderen befindet sich der Patient in den hier anstehenden

1) DÜRIG in Maunz-Dürig-Herzog, Art.2 II Rdn.29

Fällen schon in einem Zustand der körperlichen "Versehrtheit", aus dem es kein endgültiges Zurück mehr gibt. Beides zu ertragen entspricht nicht dem Recht auf körperliche Unversehrtheit. Legt man das einer freiheitlichen Rechtsordnung immanente Prinzip des "in dubio pro libertate" zugrunde, so ist die Schlußfolgerung gestattet, daß das Recht auf Leben nicht auch die Willensmacht über die in derselben Vorschrift garantierte körperliche Unversehrtheit ausschließt.

Im übrigen kann bezüglich Art.1 I GG sowie im Hinblick auf weitere mögliche Zwecke und Motive auf das oben Gesagte verwiesen werden. Der Wille des Patienten, der lebensrettenden ärztlichen Maßnahmen entgegensteht, ist dabei nach Maßgabe der rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzipien sittengemäß und somit gemäß § 138 I BGB wirksam, obwohl der eigentliche Sterbeprozeß wie bei den leidensverlängernden Maßnahmen noch nicht eingesetzt hat.

bbb) Diese Wertung kann von einer herrschenden Moral nicht bestätigt werden. Zwar nimmt die christliche Ethik aus Gesichtspunkten der Nächstenliebe, Humanität und des Gehorsams gegenüber Gott eine Verpflichtung des Arztes und des Patienten zur weiteren Behandlung an, soweit noch Aussicht auf Rettung wie hier besteht [1]. Indessen ist es nicht zwingend, die christlichen Moralvorstellungen als herrschend im Sinne der Überzeugung des überwiegenden Teils von Gruppenangehörigen zu bezeichnen, da noch andere ernstzunehmende Moralvorstellungen existieren. Diese würden ein Sittenwidrigkeitsurteil als eines Verstoßes gegen die elementaren Gebote der Sittlichkeit ausschließen. Darauf einzugehen erübrigt sich jedoch, da die rechtsimmanenten ethischen Werte und Prinzi-

---

1) auf katholischer Seite vgl. NIEDERMEYER, S.328, sowie die Nachweise bei HAMMANN, S.95;
auf protestantischer Seite vgl. die Nachweise bei HAMMANN, S.1oo; vgl. auch die Nachweise bei GALLAS, JZ 6o,649 ff., Anm.34.

pien gerade Vorrang gegenüber der herrschenden Moral genießen.

cc) Zusammenfassung

Es läßt sich demnach feststellen, daß Vereinbarungen bzw. Willensäußerungen des Patienten, die sich gegen ärztliche Maßnahmen richten, den guten Sitten entsprechen und folglich wirksam sind. Dies gilt unabhängig davon, ob der Patient ein Unterlassen lebens- und leidensverlängernder oder ob er ein Unterlassen lebensrettender ärztlicher Maßnahmen erreichen will. Der auf eine Selbsttötung gerichtete Wille des Patienten, der inhaltlich weder verboten noch erlaubt, sondern "unverboten" ist, entspricht nämlich in seiner Zusammenfassung von Inhalt, Motiven und Zwecken in aller Regel den rechtsimmanenten ethischen Werten. Die einem Unterlassen lebensrettender ärztlicher Maßnahmen entgegenstehenden christlichen Moralvorstellungen haben auf das sittliche Werturteil keinen Einfluß, mag es sich bei ihnen um eine herrschende Moral handeln oder nicht. Denn eine Aussage der rechtsimmanenten Werte ist gegenüber einer solchen der herrschenden Moral vorrangig.

c) Sterbehilfe durch aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung

Richten sich Vereinbarungen oder Willensäußerungen des Patienten auf einen aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung, so sind in diesem Zusammenhang nur noch die Vertragspflicht zur Vornahme jener Handlung bzw. die ausdrückliche oder mutmaßliche Einwilligung in den aktiven Abbruch gemäß § 138 I BGB zu bewerten. Wie sich gezeigt hat, begegnen nämlich im übrigen weder dem Aufhebungsvertrag noch dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Patienten, soweit sie leidensverlängernden bzw. lebensrettenden Maßnahmen entgegenstehen, Bedenken hinsichtlich ihrer Wirksamkeit aus § 138 I BGB.

Eine zivilrechtliche Bewertung jener Vertragspflicht bzw. der Willensäußerungen nach § 138 I BGB wird nicht durch die Erwägung ausgeschlossen, daß das Strafrecht bei seiner Wertung nicht an die aktive Abbruchshandlung des Arztes anknüpft. Sie wird dadurch nur insoweit beeinflußt, als der Inhalt der jeweiligen Abrede vom sozialen Sinn der vereinbarten Verhaltensweise bestimmt wird. Es wäre inkonsequent, wollte man die Vereinbarung eines aktiven Abbruchs einer aussichtslosen Behandlung als Verpflichtung zu einer Tötung durch positives Tun ansehen, obwohl der soziale Sinn eine entscheidend andere Aussage trifft. Ebenso wie im Strafrecht der soziale Sinn der hier vereinbarten Verhaltensweise auf ein Unterlassen deutet, führt er auch im Bereich der Rechtsgeschäfte bzw. rechtsgeschäftsähnlichen Erklärungen dazu, daß deren Inhalt nicht auf eine aktive Tötung gerichtet ist. Wenn beim aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung mit dem Aufhebungsvertrag noch die vertragliche Pflicht zur positiven Abbruchshandlung begründet und außerdem die entsprechende Einwilligung vom Patienten erteilt wird, so beinhalten diese Erklärungen gleichwohl nur die Aufgabe des ärztlichen Energieeinsatzes, der durch technische Vorkehrungen potenziert wurde.

Jener Erklärungsinhalt, aber auch die damit verbundenen Motive und Zwecke können weder an den rechtsimmanenten ethischen Werten noch aus der herrschenden Moral als unsittlich bewertet werden. Ist schon der Wille des Patienten sittengemäß, der leidensverlängernden oder lebensrettenden ärztlichen Maßnahmen entgegensteht, so gilt das ebenso für die Vereinbarung eines aktiven Behandlungsabbruchs bzw. die Einwilligung oder eine vorsorgliche Willensäußerung. Daß der Wille des Patienten sich nicht nur gegen Eingriffe des Arztes richtet, sondern zusätzlich die Aufgabe des ärztlichen Energieeinsatzes verlangt, rechtfertigt keine andere Beurteilung, da dieser Unterschied nur in dem Einsatz technischer Hilfsmittel begründet liegt. Soweit ein Patient den aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung wünscht,

versagt demnach auch nicht § 138 I BGB die Wirksamkeit entsprechender Erklärungen.

2) Künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens

a) Beinhaltet die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung eine künstliche Lebensverlängerung, so sind rechtsimmanente ethische Werte und Prinzipien nicht ersichtlich, die den äußeren Inhalt einer solchen Abrede als sittenwidrig erscheinen lassen. Die Verlängerung erlöschenden Lebens ist nicht nur nach den ausdrücklichen Vorschriften über den Lebensschutz, sondern auch aufgrund rechtsimmanenter ethischer Werte zulässig, mag sie als sinnvoll (nicht nur im biologischen Sinn) erscheinen oder nicht.

Indessen kann sich eine auf Lebensverlängerung gerichtete Vereinbarung bzw. Willensäußerung inhaltlich ändern, wenn man die verfolgten Motive und Zwecke berücksichtigt. Zwar soll betont werden, daß die verschiedenen Motivationen nicht generell festzulegen sind, sondern sich von Fall zu Fall unterscheiden. Dennoch ist eine weitgehend allgemeingültige Aussage möglich. Da die Nichtigkeit gem. § 138 I BGB nie aus der Unsittlichkeit des Motivs als solchen, sondern aus der Sittenwidrigkeit der gesamten Regelung folgt, kann die Motivation bzw. der verfolgte Zweck nicht aus dem Zusammenhang der Vereinbarung, Einwilligung etc. gelöst werden. Die Verlängerung des Lebens steht immer im Vordergrund. Motive und Zwecke, die dieses Ziel als sittenwidrig erscheinen lassen, sind kaum denkbar.

So kann mit einer sinnlosen Verlängerung erlöschenden Lebens bezweckt werden, eine Erbfolge zu sichern, etwa bei der lebensgefährlichen Erkrankung eines kinderlosen Ehepaares, das kein Testament errichtet hat und sein Vermögen nur der Linie des Mannes zukommen lassen möchte. Ebenso ist es möglich, daß der Sterbende mit der Lebensverlängerung beabsichtigt, die wirtschaftliche Lage seiner Familie zu sichern, da

er als Rentenberechtigter oder als Beamter die höhere Vollrente oder das höhere Ruhegehalt gegenüber den geringeren Hinterbliebenenbezügen beanspruchen kann [1]. Der Hilfsbedürftige mag aber auch den Zweck verfolgen, denjenigen vor einer höheren Strafe zu bewahren, der ihm die Verletzungen zugefügt hat [2]. Gleichwohl sind solche Absichten ungeeignet, die Sittenwidrigkeit zu begründen, selbst wenn sie in den Inhalt der Regelung aufgenommen werden. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht, wenn man bedenkt, daß mit dem materiellen Nutzen für die Erben oder die Familienangehörigen ein Nachteil für die Übergangenen oder den Zahlungsverpflichteten verbunden ist. Denn das Leben genießt in unserer Rechtsordnung einen höheren Wert als das Vermögen.

Man könnte allenfalls die Sittenwidrigkeit in Erwägung ziehen, wenn die Schädigung der Gesundheit oder des Lebens Dritter bezweckt wird. Doch würde auch hier gleichzeitig die Verlängerung des erlöschenden Lebens gewollt, so daß das Leben eines Menschen mit dem eines anderen kollidierte. Bewertungsfaktoren, die zur Bevorzugung eines dieser Rechtsgüter führen, existieren nicht. Vielmehr sind beide gleichwertig mit der Folge, daß auch bei solch fragwürdigen Motiven keine Sittenwidrigkeit eintreten kann. Außerdem sind jene Grenzfälle, in denen die Schädigung der absolut geschützten Rechtssphäre Dritter in Erwägung gezogen wird, nur theoretisch denkbar. In der Praxis dürften Vereinbarungen oder Willensäußerungen des Patienten, die auf eine künstliche, möglicherweise sinnlose Verlängerung erlöschenden Lebens gerichtet sind, weitaus unproblematischer an Hand der

---

1) vgl. ACKERMANN, FAZ vom 1o.6.1969, S.12

2) eine solche Variante wäre in dem von LOUISELL in Ethics in medical progress, 78 ff. (92 f.) berichteten Fall denkbar.

rechtsimmanenten ethischen Werte als sittengemäß beurteilt werden.

b) In Übereinstimmung mit den rechtsimmanenten ethischen Werten und Prinzipien ist auch eine herrschende Moral festzustellen, welche die erwünschte künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens trotz eventueller Sinnlosigkeit für sittengemäß hält [1]. Die vorrangige Geltung der rechtsimmanenten ethischen Werte braucht daher nicht besonders betont zu werden, um entsprechende Vereinbarungen, was den Inhalt anbelangt, nach § 138 I BGB für wirksam zu erklären.

Berücksichtigt man zusätzlich eventuelle Motive und Zwecke, so ist die herrschende Moral nicht eindeutig ausgeprägt, gleichgültig ob sie zur Unsittlichkeit oder zu einer Übereinstimmung mit den guten Sitten führt. Gleichwohl wird an den rechtsimmanenten ethischen Werten und deren Bewertungsfaktoren eine Orientierung ermöglicht, nach denen eine Koppelung des zulässigen Erfolges mit fragwürdigen Zwecken bzw. Motiven, gleich welcher Art, nicht sittenwidrig ist [2].

Die privatautonome Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung, die sich auf die künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens richtet, ist daher auch im Hinblick auf § 138 I BGB wirksam. Es taucht nur noch die interessante Frage auf, wieweit der Arzt verpflichtet ist, jenem Wunsch des Patienten zu folgen.

---

1) vgl. ACKERMANN, FAZ vom 1o.6.1969, S.12; BOCKELMANN, S.24 f.; HANACK, ÄM 1969,132o (1327); KAUTZKY, Umschau 1968,193(194); KOHLHAAS, S.1o9; MOLLARET, MMW 1962, 1539(1544); WESTERMANN, in Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität 1968,87(91). Im übrigen entspricht auch die These, daß jeder Mensch das Recht auf seinen eigenen, ihm gemäßen Tod habe, dieser herrschenden Moral, auch wenn sie in der Regel bei fehlender Äußerung des Patienten gerade für den entgegengesetzten Standpunkt herangezogen wird, nämlich dafür, daß den Arzt (in diesen Fällen) keine Pflicht zur Lebenserhaltung um jeden Preis treffe. Vgl. SIMSON, NJW 64,1153(1157) m.w.Nw.

2) im Ergebnis ebenso ACKERMANN, FAZ v.1o.6.1969, S.12

Strafrechtlich und deliktisch ist nach den obigen Ausführungen die Grenze in der Möglichkeit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit ärztlicher Pflichterfüllung zu sehen, wobei der vorliegende Fall noch eine konkrete Wertung erfordert, ob eine gewünschte künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens generell zumutbar ist. Zivilrechtlich ist die Grenze zu dieser Frage noch zu ziehen. Sie ergibt sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben, § 242 BGB, in dessen Rahmen ebenfalls Zumutbarkeitsgesichtspunkte maßgeblich sind, nach denen eine situationsbedingte Wertung erfolgt.

C. § 242 BGB als Grenze privatautonomer Gestaltung bei Gewissenskonflikten des Arztes

Mit §§ 134, 138 BGB wurden bislang Vorschriften besprochen, welche einer privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung objektive Schranken setzen, seien diese gesetzliche Verbote bzw. rechtsimmanente ethische Werte oder objektivierte Moralvorstellungen. Nur innerhalb dieser Grenzen sollen Regelungen nach eigenem Gutdünken selbstverantwortlich getroffen werden, außerhalb mißt ihnen die Rechtsordnung generell Unwirksamkeit bei. Die gewonnenen Ergebnisse geben demnach eine Antwort, welche Regelungsinhalte generell gestattet sind.

Darüber hinaus begegnen dem Patienten weitere Grenzen privatautonomer Gestaltung, die individuellen Charakter haben. Ihre Grundlage ist § 242 BGB, der mit dem Grundsatz von Treu und Glauben das Gebot der Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen des an einem Rechtsverhältnis beteiligten anderen Teils aufstellt [1]. Mag eine Regelung auch nach §§ 134, 138 BGB zulässig und wirksam sein, so kann ihre Durchsetzung dennoch Treu und Glauben widersprechen, was letztlich ebenfalls der privatautonomen Gestaltung Grenzen setzt [2].

---

1) SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242,1

2) v.STAUDINGER-WEBER, § 242 Rdn. B 385

Für die vorliegende Untersuchung steht dabei generell die Frage im Mittelpunkt, ob der Patient bei und nach der privatautonomen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung auf die subjektiven, im Gewissen begründeten Sollensvorstellungen des Arztes nach § 242 BGB Rücksicht nehmen muß. Sie beschränkt sich aber auf die angedeutete Problematik, wieweit der Arzt verpflichtet ist, dem Wunsch des Patienten nach künstlicher Lebensverlängerung zu folgen.

Begehrt der Patient nämlich eine aktive Hilfe beim Sterben oder Hilfe zum Sterben, so ist es dem Arzt nicht einmal erlaubt, jene Maßnahme vorzunehmen, da der Wunsch des Patienten schon nach §§ 134, 138 I BGB unwirksam ist.

Wird die Aufhebung eines Behandlungsvertrages zur Vermeidung leidensverlängernder oder lebensrettender ärztlicher Maßnahmen vereinbart, ist dogmatisch ein Rückgriff auf § 242 BGB nicht mehr erforderlich. Die Behandlungsverpflichtung erlischt durch den Aufhebungsvertrag, so daß weitere Pflichten nicht mehr bestehen, die vom Patienten geltend gemacht werden können. Rechtfertigen schon die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag kein Eingreifen des Arztes, da der Wille des Patienten nicht unbeachtlich ist, so muß das erst recht für § 242 BGB gelten. Treu und Glauben gestatten nicht die Konstruktion einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, die über §§ 677 ff. BGB unmöglich ist.

Beim aktiven Abbruch einer aussichtslosen Behandlung ist es theoretisch möglich, daß der Arzt die von ihm gewünschte Aktivität unter Berufung auf § 242 BGB verweigert, da der Arzt infolge der Vereinbarung mit dem Patienten vertraglich zur aktiven Abbruchshandlung verpflichtet ist. Dennoch gestattet schon der soziale Sinn des ärztlichen Verhaltens keine Ausnahmeregelung. Der Arzt kann auch hier keine gewissensbedingte weitere Eingriffsberechtigung in den menschlichen Körper haben, nur weil der menschliche Energieeinsatz durch Verwendung technischer Geräte potenziert wurde.

In der Mehrzahl der Fälle ergibt sich schon aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit, daß der Arzt eine künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens nur vorzunehmen braucht, wenn sie seinem Gewissen entspricht. Denn die inhaltliche Konkretisierung des zwischen Arzt und Patient geschlossenen Behandlungsvertrages erfolgt durch zweiseitige Vereinbarung, welcher der Arzt bei einem Gewissenskonflikt nicht zuzustimmen braucht.

Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß die ärztliche Gewissensnot bei Vereinbarung der lebensverlängernden Maßnahme nicht vorauszusehen war, oder daß der Arzt sich bei der Übereinkunft mit dem Patienten gegen sein Gewissen entschied und ihn danach seine Entscheidung reut. Hier kann allenfalls § 242 BGB die Rücksichtnahme gegenüber der ärztlichen Gewissensentscheidung gebieten, soweit diese ernsthafter Natur und nicht nur vorgeschützt ist. Denn § 138 I BGB greift nicht durch, weil kein Verstoß gegen rechtsimmanente ethische Werte oder die herrschende Moral festzustellen ist; außerdem scheitert eine Anfechtung nach § 119 II BGB mangels eines beachtlichen Irrtums oder infolge Voraussehbarkeit der Konfliktsituation [1].

I. Die Bedeutung des ärztlichen Gewissens bei der privatautonomen Bestimmung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung im Rahmen von § 242 BGB

Einer Berücksichtigung des individuellen ärztlichen Gewissens durch § 242 BGB steht nicht die Tatsache entgegen, daß das Gesetz selbst auf außerrechtliche Maßstäbe und damit auf (allerdings objektivierte) Gebote der Sittlichkeit verweist, wie etwa in §§ 138, 826 BGB [2]. Zwar sollen dabei

---

1) vgl. BOSCH-HABSCHEID, JZ 54,213(214); v.STAUDINGER-WEBER, § 242 Rdn. B 381, 383

2) so aber KRAFT, AcP 163,472(479 f.)

ausschließlich rechtsimmanente ethische Werte und herrschende Moralvorstellungen der Ausfüllung dienen, doch wird auch nur die generelle Schranke aller erdenklichen Ordnungsinhalte und Handlungsweisen aufgezeigt, bei denen es zu Recht nicht auf individuelle Gewissensentscheidungen ankommt. Weitergehende Aussagen lassen sich jenen Vorschriften nicht entnehmen, insbesondere nicht die Folgerung, daß bei Einhaltung der Grenzvorschriften eine Rücksichtnahme auf individuelle Moralgebote - ob mit oder ohne Haftungsfolgen - ausgeschlossen ist.

Die hier aufgeworfene Frage ist nicht generell dadurch zu lösen, daß man § 242 BGB in der Form der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendet. Der verpflichtete Arzt kann sich darauf in der Regel nicht berufen, da weder er noch der Patient erkennbar davon ausgehen, daß sie durch die Abrede in keinen Gewissenskonflikt gebracht werden. Zu beachten bleibt jedoch, daß theoretisch eine solche Geschäftsgrundlage durchaus geschaffen werden kann [1].

Indessen regelt § 242 BGB nicht nur den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Treu und Glauben als Generalklausel vermitteln vielmehr der Grundrechtsordnung nach h.M. privatrechtliche Wirkung im Sinne einer mittelbaren Drittwirkung [2], welche eine Anpassung des Privatrechts an die Grundrechte oder eine Anpassung der Grundrechte an das Privatrecht ermöglicht [3]. Beachtet man, daß das Grundgesetz die Bedeutung der menschlichen Persönlichkeit und ihrer Freiheit in Art. 1 I, 2 I GG betont, sowie die Gewissensfreiheit des einzelnen verbürgt, so muß das zu einer Verstärkung des Schuldnerschutzes durch Anpassung des Privatrechts an die Grundrechte führen [4]. Dies gilt unabhängig davon, ob man die Gewissensfreiheit aus Art.4 I GG herlei-

---

1) vgl. BOSCH-HABSCHEID, JZ 54,213(214); v.STAUDINGER-WEBER, § 242 Rdn. B 382; ähnlich BLOMEYER, JZ 54,309 (311)

2) vgl. oben S.156 Anm.6

3) SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Rdn.26

4) SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Rdn.28

tet [1] und sie begrifflich einschränkt bzw. dem Vorbehalt des Art.2 I GG unterwirft oder ob man auf Art. 1 I, 2 I GG zurückgreift und Art. 4 I GG nur den Schutz von an die Öffentlichkeit dringenden Erklärungen über Glauben und Gewissen zuteilt [2].

Zwar führt der Gewissenskonflikt beim Schuldner zu einer "moralischen oder psychischen Unmöglichkeit", doch sollte eine direkte Anwendung der Unmöglichkeitsregeln vermieden werden. Sie sind nicht auf die Frage zugeschnitten, ob der Gläubiger das Recht hat, die Leistung trotz eines Gewissenskonfliktes des Schuldners zu fordern. Die "moralische Unmöglichkeit" ist vielmehr ein Problem der mißbräuchlichen Rechtsausübung und daher über § 242 BGB zu lösen [3].

Hiernach kann der Arzt als Schuldner dem Patienten ein Leistungsverweigerungsrecht entgegenhalten, wenn ihm die Erfüllung der Leistungspflicht infolge höherer eigener Interessen unzumutbar, d.h. nur unter Überschreitung der "Opfergrenzen" möglich ist [4]. Dabei mag vorläufig dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen dieses Leistungsverweigerungsrecht gegeben ist.

Demgegenüber wird eingewandt, die Lehre von der Opfergrenze berücksichtige nur materielle Gesichtspunkte, nicht aber Dinge, die sich allein im Innern des Schuldners abspielen und daher einer objektiven Nachprüfbarkeit nicht unterliegen [5]. Diese Erwägung mag als solche richtig sein, doch verkennt sie, daß hier die "Opfergrenze" des Schuldners nicht direkt als Begründung angeführt wird. Zumutbarkeitserwägungen werden im Rahmen von § 242 BGB nur in Anlehnung

---

1) HABSCHEID, JZ 64,246; LARENZ, Schr.I, S.113 Anm.3; ENNECCERUS-NIPPERDEY, S.1o3 f.

2) HORST KAUFMANN, AcP 161 (1962),289(299) m.w.Nw.

3) BOSCH-HABSCHEID, JZ 56,297(3o1); ESSER, SchR I,41 f., 2o3 f.; LARENZ, SchR I, S.113 Anm. 3

4) ESSER, SchR I,41 f..

5) KRAFT, AcP 163,471(481)

an die Lehre von der "Opfergrenze" gestellt, ohne daß dabei eine Beschränkung auf ausschließlich materielle Tatsachen erfolgt. Es ist gerade die Besonderheit des Rechtsinstituts der "Unzumutbarkeit" bei § 242 BGB, daß es hauptsächlich persönliche Gründe des Schuldners erfaßt, die der Leistung entgegenstehen.
Ein Leistungsverweigerungsrecht aus Gewissensnöten wird auch nicht prinzipiell durch das Argument ausgeschlossen, daß § 242 BGB nur solchen Gesichtspunkten offenstehe, die im Hinblick auf die Verkehrssitte allgemein als berücksichtigenswert anerkannt sind [1]. Mag eine Objektivierung von Gewissensentscheidungen unmöglich sein, so fordern doch gerade Art.4 GG bzw. Art.1 I, 2 I GG Achtung vor höchstpersönlichen Entscheidungen. Außerdem wird dadurch - zumindest grundsätzlich - die Schlußfolgerung gerechtfertigt, daß eine Rechtsordnung, welche sogar eine aus der Vermögenssphäre fließende Unzumutbarkeit anerkennt, erst recht eine aus dem Schuldnergewissen erwachsende Unzumutbarkeit respektieren muß [2].

II. Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechtes des Arztes

1) Objektiv sittliche Pflichten als Grenzen der rechtlich relevanten Gewissensüberzeugung

Es hat sich gezeigt, daß die Verweigerung vertraglich bedungener Leistungen des Arztes nach Zumutbarkeitsgesichtspunkten zu beurteilen ist, die der ärztlichen Gewissensentscheidung Beachtung schenken. Gleichwohl kann das nicht bedeuten, daß der Arzt die Erfüllung seiner vertraglichen Pflicht zur künstlichen Verlängerung erlöschenden Lebens schlechthin seinem Gewissen anheimstellen kann. Vielmehr findet

1) KRAFT, AcP 163,471(482).
2) BOSCH-HABSCHEID, JZ 54,213(215); vgl. auch HORST KAUFMANN, AcP 161,289(291); a.A. KRAFT, AcP 163,171(482)

die Freiheit der rechtlich relevanten Gewissensüberzeugung zunächst ihre Grenze an zweifelsfrei anzuerkennenden objektiv sittlichen Pflichten, die sich aus der Rechtsordnung direkt, den rechtsimmanenten ethischen Werten oder der herrschenden Moral ergeben können. Soweit die sittliche Überzeugung des einzelnen mit der Rechtsordnung oder mit den guten Sitten nicht übereinstimmt, kann diese Gewissensentscheidung nicht zu einem Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer Verpflichtung führen, welche objektiv sittlichen Pflichten entspricht [1].

Unter diesem Aspekt scheiden solche Beweggründe aus, die in den bisherigen Erörterungen als verbots- oder sittenwidrig erkannt wurden. Darüber hinaus sind aber auch diejenigen Gewissensüberzeugungen ungeeignet, die mit der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung sachlich nichts zu tun haben. So verbieten es nicht nur die von den Ärzten geprägten Sollensanforderungen, sondern auch die Rechtsordnung, daß z.B. ein den Kriegsdienst verweigernder Arzt einem Soldaten die Lebenserhaltung verweigert [2].

2) Unzumutbarkeit als Folge der Gewissensüberzeugung

Bewegt sich die Gewissensüberzeugung hingegen innerhalb der Schranken rechtlicher Zulässigkeit, so hängt die Zumutbarkeit ärztlicher Pflichtenerfüllung davon ab, ob der Gewissensentscheidung des Arztes oder der im konkreten Fall in Frage gestellten Rechtspflicht nach dem Wertsystem unserer Rechtsordnung der Vorrang einzuräumen ist [3]. Es wird die Auffassung vertreten, daß die Vertragspflicht insbesondere bei Dienst- und Werkleistungen wie bei ärztlichen Handlungen immer dann zurückzutreten habe, wenn ihre Erfüllung den

---

1) LARENZ, SchR I, S.113 Anm.3
2) KREUZER, S.96
3) LARENZ, SchR I, S.113 Anm.3

Schuldner in einen Gewissenskonflikt bringe. Denn die Gewissensfreiheit sei gemäß Art.4 I GG unverletzlich und schütze auch Gewissensüberzeugungen, welche nicht die der ganzen Rechtsgemeinschaft oder des überwiegenden Teils ihrer Mitglieder zu sein brauchen. Letztlich wird dadurch bei Gewissensnöten des Schuldners die gesamte Problematik dem Bereich der Haftung zugewiesen, da das Recht zur Leistungsverweigerung generell bejaht wird [1].

Diese Ansicht erweckt den Eindruck, die Gewissensfreiheit gelte völlig unbeschränkt und genieße dabei immer Vorrang vor Vertragspflichten. Beides ist nicht gerechtfertigt. Auch wenn man die Umsetzung des Gewissens in die Tat wie bei der Leistungsverweigerung von Art.4 GG und nicht von Art.2 I GG erfaßt sieht, erfolgt eine Beschränkung, sei es durch den Gemeinschaftsvorbehalt des Art. 2 I HS 2 GG [2] oder durch den Begriff der Gewissensfreiheit [3].
Das hat zur Folge, daß nicht allen Vertragspflichten gegenüber ein Leistungsverweigerungsrecht begründet werden kann. Wohl mag eine Abwägung der bei einem Vertrag beiderseits auf dem Spiel stehenden Interessen und Werte in der Regel dem Gewissen einen höheren Rang einräumen, doch zeigt gerade eine Abwägung im Arzt-Patienten-Verhältnis, daß dies nicht generell gilt. Hier sind die Vertragsinteressen des Patienten mit absolut geschützten Rechten gekoppelt, die durchaus ähnlich wie das Gewissen des Arztes bewertet werden können.

---

1) BOSCH-HABSCHEID, JZ 56,297(301); BLOMEYER, JZ 54,309 (311 f.); ebenso LARENZ, SchR I, S.113 Anm.3, der im Anschluß an HORST KAUFMANN, AcP 161,289(307 ff.) den Bereich ausklammert, der der Herstellung der Güterzuordnung dient.

2) so das LAG Düsseldorf, JZ 64,258; v.MANGOLDT-KLEIN, Art.4, Anm.III 5b, S.221 m.w.Nw.

3) so weist LUHMANN, AöR 90 (1965),257(281) der Gewissensfreiheit nur den Sinn zu, "die Einzelperson und ihre vielfältigen Rollenbeziehungen gegen Gewissenskrisen zu schützen".

Das Prinzip der Zumutbarkeit gestattet daher eine umfassende Abwägung, die nicht nur die Gewissensnot des Arztes vorrangig berücksichtigt, sondern auch anderen Gesichtspunkten Raum läßt [1]. Es erscheint verfehlt, wenn man generell die Kenntnis oder Voraussehbarkeit des Gewissenskonfliktes ausreichen läßt, um ein Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf den Erfüllungsanspruch zu verneinen [2]. Die bei Anwendung des § 242 BGB erfolgende Interessenabwägung sollte zwar subjektive Kriterien dieser Art berücksichtigen, doch nur in dem Umfang, den das Gläubigerinteresse fordert [3]. Generelle Bedeutung haben Voraussehbarkeit und Kenntnis lediglich im Rahmen der Haftung bei der Verschuldensfrage.

Es fragt sich folglich nur, ob und wieweit die besondere sittliche Lage, die bei dem Wunsch eines Patienten nach künstlicher Lebensverlängerung auftaucht, zu einem gewissensbedingten Leistungsverweigerungsrecht des Arztes führt. An dieser Stelle ist zu bedenken, daß der vertragliche Anspruch des Patienten immer mit dem Recht auf Achtung seiner absolut geschützten Rechtssphäre zusammenhängt. Die Begründung eines Leistungsverweigerungsrechts führt daher immer zur Beeinträchtigung jenes absoluten Rechts des Patienten. Wertet man wie MAURACH [4] das Verhalten des Arztes bei einem Unterlassen leidensverlängernder Maßnahmen generell als tatbestandliche Tötung, so wird dem ärztlichen Gewissen, das ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber einer erwünschten künstlichen Lebensverlängerung stützen soll, schon durch

---

1) ESSER, SchR I, S.41 f.; SOERGEL-SIEBERT-KNOPP, § 242 Rdn.28; WIEACKER, JZ 54,466(467); ZIPPELIUS, in Festschrift f.Liermann, 305(315)

2) WIEACKER, JZ 54,466(467)

3) BOSCH HABSCHEID, JZ 56,297(301) unter Aufgabe ihrer in JZ 54,213 ff. vertretenen Ansicht; BLOMEYER, JZ 54, 309(311); v.STAUDINGER-WEBER, I 242 Rdn. B 391

4) BT S.15

objektiv sittliche Grenzen die Beachtung versagt. Aber es kann hier nicht schlechthin von einer tatbestandlichen Tötung durch Unterlassen gesprochen werden. Diese liegt nur vor, wenn die im tatbestandlichen Unrechtsbereich vorausgesetzte Zumutbarkeitswertung eine künstliche Lebensverlängerung verlangt.

Da bei dieser Wertung der Wille des Patienten ein entscheidendes Gewicht hat, kann er dem ärztlichen Gewissen eine Grenze setzen. Sollte er vor allen anderen bei der Wertung zu berücksichtigenden Kriterien, wie dem objektiven Zustand des Patienten, der Prognose seines Grundleidens oder der Größe des in Aussicht genommenen Eingriffs (gemessen an den anderen Faktoren) den Vorrang haben, so kann der Arzt unter Berufung auf sein Gewissen grundsätzlich kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber der erwünschten Lebensverlängerung geltend machen. Für eine solche Lösung spricht, daß eine Mißachtung des Patientenwillens immer zugleich zu einer Mißachtung des absolut geschützten Rechts des Patienten über seinen Körper führt. Selbst wenn der Zustand des Patienten und die Prognose seines Grundleidens für ein Unterlassen leidensverlängernder Maßnahmen sprechen, bleibt der Wille des Patienten maßgeblich, da der Patient bereit ist, die zu erwartenden Leiden zu dulden. Die These, daß jeder Mensch das Recht auf seinen eigenen, ihm gemäßen Tod hat, entspricht ebenfalls dieser Ansicht, obwohl sie bei fehlender Willensäußerung des Patienten gerade für den entgegengesetzten Standpunkt, d.h. dafür beansprucht wird, daß den Arzt keine Pflicht zur Lebenserhaltung um jeden Preis trifft. [1] Schon aus diesen Gründen kann gefolgert werden, daß der Arzt verpflichtet ist, dem Wunsch des Patienten nach künstlicher Verlängerung seines erlöschenden Lebens Folge zu leisten.

Darüberhinaus ist die Geltendmachung eines Leistungsverwei-

---

1) SIMSON, NJW 64,1153(1157) m.w.Nw.

gerungsrechtes nur gerechtfertigt, wenn die Erfüllung der Leistungspflicht den Arzt "in einen der Menschenwürde hohnsprechenden Widerspruch" bringt [1], so daß ein Leistungsverlangen des Patienten als rechtsmißbräuchlich erscheint. Ein solcher Mißbrauch liegt aber nie vor, solange der Patient in zulässiger Weise über seinen Körper verfügt, mag der Arzt auch anderer Ansicht sein. Ausnahmsweise hat der Arzt nur die Möglichkeit, im Rahmen einer anerkannten Notstandslage den Willen des Patienten zu mißachten und ein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen, z.B. wenn er vor die Situation gestellt ist, lebenserhaltende Maßnahmen infolge der technischen Möglichkeiten nur bei einem Patienten vorzunehmen [2]. Denn hier widerspricht es der Menschenwürde des Arztes und den objektiv sittlichen Normen, wollte man von ihm verlangen, eine möglicherweise gewünschte lebensrettende Maßnahme zugunsten einer künstlichen Lebensverlängerung zu unterlassen. [3]

Im Rahmen zulässiger Vereinbarungen über die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung führt demnach die Interessenabwägung grundsätzlich nicht zu einer gewissensbedingten Unzumutbarkeit ärztlicher Pflichtenerfüllung. Die vertraglich vereinbarte Leistung kann der Arzt daher unter Berufung auf sein Gewissen nur pflichtwidrig verweigern.

Jedoch sollte betont werden, daß ein Leistungsverweigerungsrecht kaum jemals beansprucht wird. Da es eine vertragliche Verpflichtung voraussetzt, die schon tatsächlich infolge mangelnder Fähigkeit zu wirksamen Erklärungen meist fehlt, hat der Arzt schon bei deren Begründung die Möglichkeit, einem Gewissenskonflikt zu entgehen. Er kann auf einen

---

1) WIEACKER, JZ 54,466(467)

2) WESTERMANN, Jahresschrift der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität, 87(91)

3) vgl. oben S. 64

anderen Arzt verweisen und braucht die Verpflichtung nicht oder nur mit der Geschäftsgrundlage zu übernehmen, daß keine Gewissenskonflikte auftreten. Der Patient wird dann mit dem Risiko der ärztlichen Gewissensnot nicht belastet und kann entsprechend anderweitig Vorsorge schaffen.

Falls jedoch kein anderer Arzt angerufen werden kann, entscheidet wiederum das Prinzip der Zumutbarkeit, ob der Arzt trotz seiner Gewissensnot die Behandlungsverpflichtung auf sich nehmen muß, in deren Rahmen er sich nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen kann. Ist ihm die Übernahme der möglichen und erforderlichen Behandlung zumutbar, so trifft ihn in seiner einer Monopolstellung ähnlichen Lage ein Kontrahierungszwang. Die Verweigerung einer Behandlungsübernahme trotz deren Zumutbarkeit ist nämlich ein nach § 826 BGB Schadensersatz begründendes Ereignis, weil das damit verbundene Unterlassen nach § 330 c StGB, der ebenfalls auf Zumutbarkeitsgesichtspunkte abstellt, strafbar und somit wegen Verstoßes gegen die rechtsimmanenten ethischen Werte sittenwidrig im Sinn von § 826 BGB ist.

D. Ergebnis

Faßt man die gewonnenen Ergebnisse zusammen, so ist zunächst festzustellen, daß das Gesetz in den §§ 212 ff.StGB eine eindeutige Wertung getroffen hat, sofern der Patient eine Verlängerung seines erlöschenden Lebens in Form einer aktiven Hilfe beim Sterben bzw. einer aktiven Hilfe zum Sterben wünscht. Die damit verbundene Lebensverkürzung ist tatbestandsmäßig eine Tötung nach §§ 212 ff.StGB und vermag nicht gerechtfertigt zu werden, auch wenn menschlich beachtenswerte Zwecke verfolgt werden. Mithin steht § 134 BGB der Wirksamkeit des Patientenwillens entgegen, wie auch § 138 I BGB dessen Unwirksamkeit ausspricht, da er infolge eines Verstoßes gegen die rechtsimmanenten ethischen Werte

und Prinzipien sittenwidrig ist.

Vereinbarungen bzw. Willensäußerungen des Patienten, die sich gegen ärztliche Maßnahmen richten und damit ein Unterlassen des Arztes herbeiführen wollen, können hingegen nur an § 138 I BGB gemessen werden. In der Regel widerspricht es nicht den guten Sitten, wenn lebens- und leidensverlängernde oder lebensrettende Maßnahmen unterlassen werden sollen. Entsprechendes gilt, wenn ein aktiver Abbruch einer aussichtslosen Behandlung vom Patienten angestrebt wird. Die strafrechtliche Bewertung des ärztlichen Verhaltens nach seinem sozialen Sinn kommt nämlich zu dem Ergebnis, daß dem Arzt dabei kein Tun, sondern ausschließlich ein Unterlassen zur Last fallen kann, dessen Vereinbarung aber nicht sittenwidrig ist.

Demgegenüber kann der Patient unbeschränkt eine künstliche Verlängerung erlöschenden Lebens erwirken. Es stehen weder ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB noch die objektiv sittlichen Grenzen des § 138 I BGB entgegen, gleich welche Motive oder Zwecke damit verfolgt werden.

Einer derartigen Gestaltung der ärztlichen Pflicht zur Lebenserhaltung kann der Arzt innerhalb von Vertragsbeziehungen ein Leistungsverweigerungsrecht aus Gewissensgründen in den Grenzen der Zumutbarkeit nur entgegensetzen, wenn eine anerkannte Notstandslage dies gebietet. Im übrigen zeigt sich keine gewissensbedingte Unzumutbarkeit ärztlichen Handelns, da der Arzt nicht in einen mit seiner Menschenwürde unvereinbaren Widerspruch gerät.

Lebenslauf

Am 15. September 1943 wurde ich als Sohn des Konsuls Walter Niemann und seiner Ehefrau Hanne geborene Heintzeler in Heidenheim/Brenz geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

In Dortmund besuchte ich von 1950 bis 1954 die Peter Vischer-Volksschule, sowie von 1954 an das mathematisch-naturwissenschaftliche Leibniz-Gymnasium. Dort legte ich am 21.2.1963 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1963 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg und setzte es an den Universitäten Freiburg, München und Münster fort. Am 10. Februar 1968 legte ich die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 2.Mai 1968 stehe ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Zur Fertigstellung meiner Dissertation wurde ich vom 12.Februar 1969 bis zum 23.März 1970 beurlaubt.